

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACION PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO**

**“EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y SUS LIMITACIONES FRENTE A LAS
NUEVAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL
ECUADOR”**

Patricio Francisco Pozo Vintimilla

DIRECTOR: José Luis Barzallo Sacoto

Quito, 2014

Quito, 20 de diciembre de 2013

Dra.
Ivette Haboud
Secretaria de Facultad
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
Ciudad.

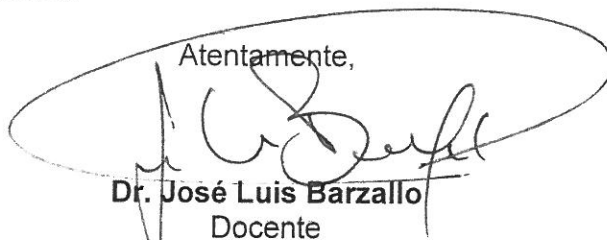
De mi consideración

Dr. José Luis Barzallo, en mi calidad de profesor de ésta facultad y como Director de la Tesis titulada **"EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y SUS LIMITACIONES FRENTE A LAS NUEVAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR,"** realizada por el alumno **Patricio Francisco Pozo Vintimilla**, portador de la cédula de identidad número 1719873331, cumpro con informar que dicha Tesis ha culminado satisfactoriamente, acogiendo las sugerencias que he manifestado a lo largo de la realización de la misma. El trabajo analiza una problemática especial y de actualidad en el campo del derecho.

De igual manera es mi deber informar que el material obtenido de internet y que ha sido utilizado en esta tesis, ha sido debidamente citado y verificado por lo tanto es absolutamente confiable.

Por lo expuesto solicito se continúe con el trámite interno correspondiente para que el mencionado alumno pueda obtener su título de abogado mediante la defensa de la disertación.

Atentamente,



Dr. José Luis Barzallo

Docente

Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

El Capítulo I, con el título "ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA," refiere que el contrato de franquicia, según Osvaldo Marzorati, es aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado franquiciante, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución comercial de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales; luego se presenta varios conceptos adicionales con vista al criterio de autores de varios países, y, analiza los tipos de franquicia, como la industrial; de

distribución; de servicios; la franquicia corner o minifranquicia; multfranquicias ; master, en lo principal. En acto seguido se menciona los derechos y obligaciones del franquiciador, a partir de la entrega y disposición de bienes, en donde se pone énfasis, en que la franquicia es una técnica comercial de clonación de un negocio, pero de un negocio exitoso, que el éxito de la franquicia recae en que sin importar la locación, el cliente tiene la seguridad de que los productos tendrán el mismo nivel de calidad y los establecimientos proporcionarán las mismas prestaciones que cualquier otro, ya que se juega el nombre de la compañía en cada venta; en este orden de cosas se trata de la cesión de bienes incorporeales como el know how; la obligación de asesoramiento y asistencia. En cuanto a los derechos y obligaciones del franquiciado, se señala, el pago del precio (derecho de entrada; royalties o regalías); explotación de la franquicia; prohibición de competencia durante la realización de las actividades de franquicia; el tiempo de duración de la franquicia.

El Capítulo II, se contrae al tema de los "DERECHO ANTIMONOPOLIOS CORRECTIVO", a partir de los aspectos esenciales del mercado, y en particular de la disposición constitucional ecuatoriana, contenida en el numeral 6 del artículo 304, que establece como parte de la política comercial del Estado, evitar cualquier tipo de prácticas monopólicas u oligopólicas que afecten al mercado, para garantizar un mercado competitivo, en la investigación se distinguen conceptos como de mercado relevante; cuota de mercado; barreras del mercado; índice de elasticidad; cálculo del poder de mercado; abuso de posición de dominio en el contrato de franquicia; la regla de la razón; los acuerdos horizontales en el contrato de franquicia; acuerdos de cartel; acuerdo de precios; y, asuntos como los que dicen relación a la alteración injustificada de niveles de producción y tecnología; repartición de mercados; intercambio de información; los acuerdos verticales en el contrato de franquicia; acuerdos de distribución exclusiva; fijación de precios de reventa; cláusulas de no competencia; entre las prácticas anticompetitivas unilaterales se anota, la de los precios predatorios; ; las ventas atadas o vinculadas y la discriminación.

El Capítulo III, se ocupa del "DERECHO SANCIONADOR DE LA COMPETENCIA DESLEAL", citando como introducción el discurso jurídico de los artículos 335 y 336 de la Constitución de la República del Ecuador, que señalan la obligación del Estado de evitar y

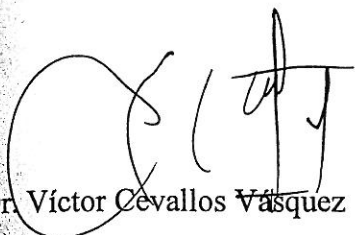
sancionar cualquier tipo de prácticas de competencia desleal, así como la promoción de un comercio justo entre los diversos agentes económicos, procurando instaurar la libre competencia. Entre los actos desleales en el contrato de franquicia que afectan a los competidores, encontramos los actos de imitación; la explotación de la reputación ajena; violación de secretos; actos de denigración; en tanto que entre los actos desleales que afectan a los consumidores, se distingue, los denominados actos de confusión; actos de engaño; actos de comparación; de su lado el mercado según el estudio se puede ver afectado por actos desleales en el contrato de franquicia, a través de la violación de normas, acorde con lo preceptuado en el Art. 27 numeral 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, mediante el abuso de procedimientos y procesos judiciales, para eliminar la competencia; la violación de normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano; el estudio concluye con el estudio de la explotación de la situación de dependencia económica.

Entre las conclusiones más destacadas advertimos, que el disertante proclama que la franquicia es uno de los contratos mercantiles de mayor auge a nivel internacional, que éste debe contener todos los parámetros técnicos y la determinación precisa de los derechos y obligaciones de las partes; que la protección eficaz de los activos intangibles de las franquicias representa uno de los factores más importantes para la expansión de empresas internacionales en el Ecuador; que el derecho de la competencia tiene como finalidad substancial la protección de los derechos de los consumidores y velar por el eficiente desarrollo del mercado, fortaleciendo de esta forma el aparato productivo. Entre las recomendaciones sobresalen aquellas que plantean que la Superintendencia de Control del Mercado deberá sancionar los abusos de posición de dominio, por medio de índices como Lerner, Dominancia y Herfindahl-Hirschman que comprueben de forma clara una afectación a la estructura del mercado, al debilitar la competencia entre agentes; y, que, la referida entidad de control estatal, preste mayor atención a las conductas llamadas hard core restrains o cláusulas negras entre las que se hallan conductas como: carteles, fijación de precios de venta, limitación arbitraria a la producción, o el reparto de mercados.

Finalmente, me permito manifestar que el tema de la disertación es de interés general, presenta asuntos novedosos en el ámbito jurídico nacional, hace uso de una buena bibliografía, por lo que le asigno la nota de nueve puntos sobre diez.

Del señor Decano con las seguridades de mi más alta consideración, me suscribo,

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dr. Víctor Cevallos Vázquez'. The signature is stylized, with a large 'V' and 'C' at the beginning.

Dr. Víctor Cevallos Vázquez

PROFESOR INFORMANTE

Quito, 14 de febrero de 2014

Señor Doctor
Santiago Guarderas
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Ciudad.-

De mi consideración:

Asunto: Informe de tesis

A continuación presento el informe de la tesis "El contrato de franquicia y sus limitaciones frente a las nuevas instituciones del Derecho de la Competencia en el Ecuador" elaborado por el señor estudiante Patricio Francisco Pozo Vintimilla.

1) Resumen del contenido de la tesis.-

El trabajo presentado es un análisis del contrato de franquicia y sus repercusiones en el ámbito del Derecho de la Competencia.

Se estudian las características del contrato de franquicia, su naturaleza y su régimen jurídico.

Se describen las principales prácticas anticompetitivas tanto a nivel vertical como horizontal y las de abuso de posición de dominio. Finalmente se analizan algunas conductas que están tipificadas como competencia desleal.

2) Aspectos relevantes y positivos.-

Debo destacar como aspectos relevantes de la tesis los siguientes:

2.1. El tema es novedoso y además de interés académico y científico.

2.2. Hay un esfuerzo investigativo.

2.3. El tema es de actualidad, pues la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado es una norma reciente y la orientación de su aplicación está en pleno desarrollo y empiezan a existir los primeros casos resueltos por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.



3) Observaciones.-

Con relación al trabajo presentado, realizo las siguientes observaciones:

- 3.1. El problema jurídico no está bien definido, lo que ha llevado a que el análisis jurídico sea defectuoso.
- 3.2. Hay muchos temas que no están relacionados con el contrato de franquicia, ni con el problema que se intenta resolver y que no aportan a la solución del mismo.
- 3.3. No hay un enfoque preciso del tema, sino que se han tratado asuntos del Derecho de la Competencia sin vincularlos adecuadamente con el contrato de franquicia y de la lectura del texto no se puede colegir su relación.

4) Calificación.-

Una vez analizada la tesis presentada para el correspondiente informe, en base a los aspectos positivos y observaciones señaladas arriba, otorgo la calificación de 7/10.

Atentamente,



Juan Francisco Palacios I.

Docente- Informante

Dijo la palabra *Undr*, que quiere decir maravilla.

Jorge Luis Borges, El libro de Arena

Aunque pase por el valle de sombra de muerte, No temeré mal alguno,
porque Tú estás conmigo; tu vara y tu cayado me infunden aliento.

Salmos 23:4

A mi familia por su apoyo incondicional en cada momento de mi vida.

Al Dr. José Luis Barzallo por su constante guía y apoyo, al ser un elemento
fundamental en la elaboración del presente trabajo.

ABSTRACT

Las franquicias constituyen uno de los modelos empresariales más exitosos a nivel internacional, las características de esta figura jurídica lo hacen único y comercialmente rentable.

El presente trabajo busca analizar las características, tipos y particularidades del contrato de franquicia en el Ecuador frente al Derecho de la Competencia y los efectos sobre la naturaleza de esta figura jurídica.

Frente a la expedición de la Ley de Control de Poder del Mercado, surgen nuevas instituciones del Derecho de la Competencia que determinan la prohibición de ciertas conductas que afecten al mercado. Como punto de referencia analizaremos los diversos casos y los organismos internacionales encargados de regular la competencia y su pertinencia para nuestra realidad.

El Derecho de la competencia se constituye por tanto en una herramienta sumamente útil, al momento de analizar los efectos económicos de una conducta sobre el mercado y los posibles daños o beneficios a los consumidores.

Palabras Claves: Franquicias, Derecho de la Competencia, poder de mercado.

TABLA DE CONTENIDOS

I.-ABSTRACT	I
2.- INTRODUCCIÓN	1
Capítulo I.....	2
ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	2
1.1.- Concepto de Franquicia.....	2
1.2.- Tipos de franquicia	6
1.2.1.- Franquicia Industrial	6
1.2.2.- Franquicia de Distribución	8
1.2.3.- Franquicia de Servicios	9
1.2.4.- Otros tipos de Franquicia	10
1.3.- Derechos y Obligaciones del Franquiciador.....	13
1.3.1.- Entrega y disposición de bienes corporales	13
1.3.2.- Cesión de bienes incorporeales	16
1.3.3.- Prohibición de Competencia.....	21
1.3.4.- Asesoramiento y asistencia.....	22
1.4.- Derechos y Obligaciones del Franquiciado.....	25
1.4.1.- Pago del precio	25
1.4.2.- Explotación de la franquicia.....	27
1.4.3.- Prohibición de competencia	28
1.4.4.- Respeto al período de vigencia y renovación	29
Capítulo II.....	30
2.- DERECHO ANTIMONOPOLIOS CORRECTIVO	30
2.1.- Aspectos esenciales del Mercado.....	30
2.1.1.- Nociones y alcances de la posición de dominio.....	31
I.- Mercado Relevante	33
II.- Cuota del Mercado	34
III.- Barreras del mercado	35
IV.- Índice de elasticidad - Sustituibilidad.....	35
V.- Cálculo del poder del Mercado.....	36
2.1.2.- Abuso de posición de dominio en el contrato de franquicia	38
2.1.3.- Sistemas de Interpretación: Ilegalidad per se y Regla de la Razón	40

2.2.- Acuerdos horizontales en el contrato de franquicia.....	44
2.2.1.- Concepto y Características	44
2.2.2.- Acuerdos de Cartel.....	45
2.2.3.- Acuerdo de precios	47
2.2.4.- Alteración injustificada de niveles de producción y tecnología.....	48
2.2.5.- Repartición de mercados.....	49
2.2.6.- Intercambio de información	50
2.3.- Acuerdos Verticales en el contrato de franquicia	52
2.3.1.- Concepto y características	52
2.3.2.- Denegación de venta	53
2.3.3.- Acuerdos de distribución exclusiva.....	56
2.3.4.- Fijación de precios de reventa.....	58
2.3.5.- Otras conductas restrictivas verticales	60
2.4.- Prácticas Anticompetitivas Unilaterales	61
2.4.1.- Precios predatorios	61
2.4.2.- Ventas atadas o vinculadas.....	64
2.4.3.- Discriminación.....	66
Capítulo III.....	69
3.- COMPETENCIA DESLEAL EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA	69
3.1.- Actos desleales en el contrato de franquicia que afectan a los competidores..	71
3.1.1.- Actos de imitación	71
3.1.2.- Explotación de reputación ajena.....	75
3.1.3.- Violación de secretos	77
3.1.4.- Actos de denigración.....	80
3.2.- Actos desleales en el contrato de franquicia que afectan a los consumidores..	83
3.2.1.- Actos de confusión	83
3.2.2.- Actos de engaño	86
3.2.3.- Actos de comparación	89
3.3.- Actos desleales en el contrato de franquicia que afectan al mercado	91
3.3.1.- Violación de normas.....	91
3.3.2.- Explotación de la situación de dependencia económica.....	93
CONCLUSIONES.....	96
RECOMENDACIONES	99
BIBLIOGRAFÍA	101

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analizara el contrato de franquicia y su relación con las instituciones del Derecho de la Competencia en el Ecuador.

Las franquicias representan una innovadora forma dentro del mundo de los negocios para llevar un producto o servicio a los consumidores locales o extranjeros y obtener resultados exitosos, gracias a su capacidad de adaptación. Su rápida expansión en el mercado latinoamericano hace que se constituya en uno de los contratos mercantiles de mayor auge, en el Ecuador con la expedición de la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado (LORMer) surgen ciertas interrogantes en cuanto a su funcionamiento, ya que el contrato de franquicias es un contrato único y son estas características la base de su éxito.

En este punto toma relevancia el Derecho de la Competencia, que es la rama del Derecho que regula las prácticas comerciales de los agentes económicos y vigila que sus conductas se desarrollen dentro de un marco de competitividad, beneficiando en última instancia a los consumidores. Un adecuado entendimiento de esta rama en lo referente a sus normas, principios y jurisprudencia permitirá potenciar a las franquicias en el Ecuador.

La Superintendencia de Control del Poder del Mercado se constituye como el órgano encargado de vigilar que las practicas horizontales, verticales y unilaterales que puedan tener las empresas y si estas benefician a los consumidores, sancionando así mismo todo abuso de poder dentro del mercado como el fijar precios altos o restringir el acceso a un determinado bien o servicio que en definitiva resulta en un alto coste social.

Capítulo I

1. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

El presente capítulo analiza las razones que constituyen a la franquicia como una nueva forma de hacer negocios, mercadear una idea y replicar el éxito.

1.1 Concepto de Franquicia

El origen de esta figura se remonta a la Edad Media¹ pero el paso de los siglos ha marcado profunda diferencias respecto del contrato moderno, Osvaldo Marzorati señala que en tal periodo histórico la Iglesia Católica concedía tierras a ciertos señores feudales para que en su nombre recolecten los “impuestos del señor”. Los señores tenían el derecho a retener parte de lo recaudado y el excedente entregarlo a la iglesia.²

La franquicia moderna como la conocemos actualmente no toma forma sino hasta el siglo XIX en Estados Unidos. La *Singer Sewing Machine Company* establecida en Stamford, Connecticut, crea en el año de 1850 un modelo de negocios innovador, la compañía dedicada a la fabricación de máquinas de costura autorizó la venta de su maquinaria y marca a comerciantes independientes con la finalidad de expandir su mercado.

La explosión comercial de la franquicia como sistema de distribución ocurre en el año de 1929, cuando las empresas *General Motors* y *The Coca Cola Company* adoptan el modelo *business format franchising*³ para expandir su red de distribuidores, el éxito alcanzó tal nivel que actualmente el contrato de franquicia se constituye como uno de los mecanismos comerciales más utilizados a la hora de expandir un negocio.

¹El origen de la palabra franquicia puede ser derivado del término francés “Franc”, que fue aplicado en el Medioevo como privilegio. El primer documento de concesión de una franquicia fue celebrado en la localidad francesa de Chambey y data de 1232. CASTELLANOS Lorena, *El contrato de franquicia en el comercio internacional*, UASB, p.105.

² Cfr. MARZORATI Osvaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 2003, p.92.

³Sistema que funciona bajo el principio de clonación de un formato de negocios estandarizados probados en torno a un nombre comercial o marca comercial del producto o servicio, en diferentes lugares. KAUFMANN Patrick y RAGAN Kastury, *A model for managing system conflict during franchise expansion*, Harvard Business School, Journal of Retailing, Massachusetts, 1999, p. 66.

A nivel doctrinal no existe un acuerdo sobre los elementos, parámetros de generalidad y uniformidad que debe incorporar el concepto de franquicia, esto se debe en parte a la infinidad de productos o servicios que pueden incluir este tipo de contrato. Por tal motivo expondremos los conceptos más reconocidos por la doctrina y extraeremos los elementos característicos para entender su naturaleza jurídica.

El tratadista Osvaldo Marzorati define en estos términos a la franquicia:

“La franquicia comercial es aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado franquiciante, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución comercial de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método sistema o plan preestablecido por este, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales”⁴.

En el continente Europeo solo Francia, Italia y España han dictado una legislación especializada para el tratamiento de la franquicia comercial, la ley italiana “Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale” de 2004 es una de los pocos cuerpos normativos europeos que definen a la franquicia, pero su precisión aporta mucho a la hora de identificar su naturaleza jurídica:

“El contrato, sin importar su denominación, entre dos sujetos jurídicos, económicamente y jurídicamente independientes, en virtud del cual una parte concede a la otra, para su examen, un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativo a marcas, nombres comerciales, rótulos, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, *know-how*, patentes, asistencia técnica o comercial, introduciendo al afiliado en un sistema constituido por una pluralidad de miembros distribuidos en un territorio, con la finalidad de distribuir bienes o servicios específicos”.⁵

La ley italiana destaca el carácter autónomo de los empresarios y los múltiples derechos que representa el celebrar un contrato de franquicia.

⁴Op. Cit; MARZORATI Osvaldo, *Franchising*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p.5.

⁵Legge 6 Maggio 2004, No.129, Gazzetta Ufficiale n.120. “ Art.1.- (...) il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all’altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica o commerciale, inserendo l’affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi”.

El Departamento de Comercio de Estados Unidos (U.S. Department of Commerce) define a la franquicia como una forma de licencia, por la cual el propietario o titular (franquiciante) de un producto, servicio o método lleva a cabo su distribución por medio de revendedores afiliados (franquiciados).⁶

Por último, el tratadista Juan Farina describe a la franquicia en los siguientes términos:

“Básicamente, el *franchising* es una suerte de simbiosis: por una parte, que es conocida como *franchisor* (franquiciante), otorga licencia a un comerciante independiente, llamado *franchisee* (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad. El *franchisee* generalmente paga un canon por este privilegio, más una regalía (*royalty*) sobre grandes ventas. El término *franchisee* puede significar dos cosas: a) el derecho de *franchisee* a vender ciertos productos o servicios, y b) el lugar de negocios donde el *franchisee* ejerce ese derecho”.⁷

En base a los criterios doctrinales expuestos y con el fin de unificar sus principales características elaboramos el siguiente concepto de *franchising*:

Es el contrato por el cual el otorgante denominado “franquiciante” o “*franchisor*”, cede a otro sujeto jurídica y económicamente independiente, denominado “franquiciado” o “*franchisee*”, el derecho a explotar una marca, un sistema empresarial, bienes o servicios de forma exclusiva en una determinada zona proveyéndole de todos los conocimientos técnicos, legales y empresariales, así como su asistencia comercial de forma permanente; y como contraprestación el franquiciado cancela un derecho de entrada (*initial fee*) y posteriores regalías (*royalties*) de forma periódica por el uso de la propiedad intelectual.

De las múltiples definiciones expuestas podemos señalar las siguientes características del contrato de franquicia que lo vuelven único dentro de los contratos mercantiles:

-Bilateral: El contrato de franquicia implica la colaboración constante del franquiciado con el franquiciante para obtener el éxito comercial. Las partes dentro del contrato sean personas naturales o jurídicas, establecen una serie de prestaciones mutuas, por ejemplo el franquiciante se obliga a transmitir un sistema empresarial, entrenar al personal, permitir la utilización de la propiedad intelectual, etc; mientras que el franquiciado se obliga a pagar regalías, observar los manuales de operaciones, informar cualquier mejora al negocio, etc.

⁶ LÓPEZ GUZMÁN Fabián, *El contrato de franquicia internacional Un modelo estratégico empresarial*, Bogotá, editorial Temis, 2008, p.117.

⁷ FARINA Juan María, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p.477.

-Consensual: Se perfecciona mediante el libre acuerdo de las partes, ya que estas son las que fijaran las condiciones, plazos y limitaciones de su actividad dentro del contrato.

-Oneroso: Ambas partes pretender sacar una utilidad del negocio, al ser este el principal motivo por el cual contratan y se efectúan tantos trámites y molestias para constituir una franquicia.

-Principal: El contrato existe por si solo al no requerir otro acto jurídico para su conformación y subsistencia. Sin embargo las franquicias combinan múltiples contratos para su exitoso desarrollo como el arrendamiento de locales, licencia de marca, distribución exclusiva, etc.

-Atípico: No se encuentra regulado en ningún cuerpo normativo.

-Ejecución sucesiva: Las obligaciones entre las partes no se cumplen de forma instantánea sino de forma regular. El franquiciando se obliga a pagar regalías por un determinado tiempo de uso de la marca y el franquiciador debe prestar constantemente la asesoría para el funcionamiento del negocio.

-De Adhesión: La expansión del negocio de franquicia exige que todos los franquiciados otorguen un mismo nivel de calidad, por tal motivo los contratos tendrán un contenido uniforme con cláusulas tipo que describan las obligaciones de las partes en cuanto a la calidad del servicio o producto. El franquiciado que decide formar parte de la empresa tendrá menos poder de discusión que el franquiciante sobre cada una de las cláusulas, porque éste no querrá alterar la uniformidad del sistema.

-Selectivo: La doctrina moderna entiende que los contratos de franquicia son celebrados en base a un análisis objetivo del futuro franquiciado en lo que concierne a sus atributos empresariales y del negocio; siempre que cumpla con los requisitos señalados por el franquiciador podrá ser parte del negocio.

Por su parte el tratadista Italiano Mangini expone una nueva concepción sobre la franquicia:

“El desarrollo de las relaciones colectivas en masa determinan una tendencia a la disminución de la importancia de las cualidades personales... En la moderna organización de la economía existe una tendencia a la despersonalización de la empresa (...).⁸

⁸ MAGNINI Fillippo en ORTUÑO BAEZA María Teresa, *La licencia de la marca*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp.162-164.

Los avances tecnológicos permiten celebrar contratos a miles de kilómetros de distancia, resultando obvio que las partes nunca se han llegado a conocer físicamente por lo que resulta difícil señalar actualmente que los contratos de franquicia son *intuitio personae*, por tales motivos nos adherimos a esta nueva concepción característica del contrato de franquicia.

-Transferencia de tecnología: Es el conjunto de acciones orientadas a facilitar el rendimiento comercial en el mercado de los resultados de las actividades de investigación y desarrollo (I+D) que realizan las universidades, institutos y centros de investigación, en este caso toda una red de franquiciados.⁹ Estos conocimientos diferencian a este contrato de una simple compraventa de bienes ya que otorga una ventaja competitiva sustancial.

1.2 Tipos de franquicia

El contrato de franquicia se encuentra en todo tipo de actividades comerciales, su fácil adaptación lo hace ideal al momento de ingresar en nuevos mercados y explotarlos de forma exitosa, tal característica complica en gran medida la labor doctrinal de clasificar los tipos existentes dentro de la franquicia, en tal sentido expondremos las modalidades de mayor importancia doctrinal y comercial.

1.2.1 Franquicia Industrial

En este tipo de franquicias el franquiciante otorga una licencia de patente y el *Know How* para producir un producto, esto implica que el franquiciado contará con toda la asistencia técnica necesaria para crear productos de calidad y comercializarlos bajo la marca de la franquicia asesorado de igual forma en el marketing empresarial.

La franquicia industrial es una verdadera transferencia de tecnología ya que no solo adquiere el derecho a producir sino a distribuir los productos del franquiciador. Este modelo es beneficioso para el empresario que aún no se ha posicionado en el mercado extranjero por no contar con las facilidades empresariales necesarias para comercializar sus productos, pero al momento de incorporar a un socio local que cuenta con experiencia y el equipo logístico necesario (las prestaciones de los futuros socios son

⁹ INSTITUTO NACIONAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL, *Biblioteca especializada en propiedad industrial*, <http://www.inpi.gov.ar/templates/biblioteca.asp>, Acceso: 28/02/2013, 21:08.

analizadas previamente antes de su ingreso a la franquicia) sus productos pueden llegar a los consumidores más lejanos.¹⁰

El utilizar el conocimiento del socio local es fundamental para sobrevivir dentro de un nuevo mercado, un perfecto ejemplo es el caso de *Kentucky Fried Chicken* (KFC) en Brasil, que a los pocos meses de su llegada ha logrado abrir 13 restaurantes en Rio de Janeiro y Sao Paulo, proyectándose abrir 6 más en tan solo un año, los platos de KFC respetan la receta original de la franquicia pero cambia radicalmente los acompañamientos a los gustos locales: frijoles negros, arroz farofa y mandioca hacen que los consumidores brasileños concurren de forma reiterada.¹¹ El adaptarse de forma eficiente al entorno se lo logra mediante los consejos de sus socios, conocimientos que de otra forma no hubieran adquirido o se hubieran tardado meses en incorporar.

Por su parte el franquiciador no se queda sin hacer nada y solo espera recibir las regalías, al no tener que preocuparse por la producción del producto puede invertir sus recursos en nuevas tecnologías e investigación mejorando el producto final con el fin de no quedar rezagado en algún punto por la competencia.

Generalmente dentro de esta clase de contratos se da el denominado *Buy Back* que es el acuerdo por el cual una de las partes ofrece a la otra la compra del equipo de producción del bien o servicio, admitiendo su pago total o parcialmente con la producción del mismo.¹² El franquiciado utiliza esta figura al analizar las ventajas de perpetuar el negocio, adquiriendo de forma paulatina el equipo necesario para operar y solo paga por el uso de la propiedad intelectual disminuyendo el canon mensual, resultando útil el *buy back* ya que el franquiciado cuenta con una experiencia sobre la realización del negocio y lo requerido para su funcionamiento.

Este tipo es utilizado en la industria farmacéutica y agrícola, pero es mayormente conocida en el sector alimenticio y automotriz, por marcas como Coca Cola, Pizza Hut, McDonald's, Toyota y General Motors por citar unos pocos ejemplos que utilizan este mecanismo comercial para consolidar su red de franquicias.

¹⁰ Óp. Cit; LÓPEZ GUZMÁN Fabián, *El contrato de franquicia internacional Un modelo estratégico empresarial*, p.153.

¹¹ Cfr. BARNES Taylor, *El auge de las Franquicias en América Latina y el desafío de adaptarlas al gusto local*, Revista Latin Trade, Miami, 30 marzo 2012.

¹² ESPLUGUES Mota, DANIEL Carlos y DANIEL Hargain, *Derecho comercial internacional*, Buenos Aires, Editorial Reus, 2005, p. 368.

1.2.2 Franquicia de Distribución

Dentro de esta clase de franquicia el franquiciador cede el uso de la marca y el método de comercialización al franquiciado, asistiendo constantemente en el desarrollo del negocio, pero la diferencia sustancial con la franquicia industrial recae en que el franquiciado solo puede comercializar un producto (distribuirlo) y se establecen normas rigurosas para que el conocimiento sobre la fabricación no sea revelado de forma completa.

No existe una transferencia de tecnología “completa” pero si un licenciamiento que posibilita el distribuir un bien o servicio en base a las condiciones establecidas por el franquiciador y solo en los establecimientos autorizados que deberán ser estructuralmente homogéneos y uniformes.

En el famoso caso *Pronuptia de Paris vs. Shillgallis*, la Corte Europea de Justicia definió a esta clase de franquicia y señala las ventajas de este tipo de contratos:

“...más que un método de distribución, se trata de una forma de explotar económicamente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos, permitiendo a los comerciantes desprovistos de la experiencia necesaria, servirse de métodos que solo hubiera podido adquirir tras largos y laborioso esfuerzos de investigación y disfrutar del signo distintivo...”¹³

La Corte de igual forma señala los requisitos indispensables para que pueda funcionar como franquicia y diferenciarse de otros contratos mercantiles:

“1.- El franquiciador debe poder aportar a los franquiciados su patrimonio de conocimientos y técnicas (*Know How*) y prestarle la asistencia necesaria para que puedan aplicar sus métodos procurando evitar que de estos conocimientos y asistencia se beneficien, aunque sea indirectamente, los competidores.

2.- El franquiciador debe poder adoptar las medias idóneas para proteger la identidad y el prestigio de la red de distribución representada por el rótulo”.¹⁴

Se puede concluir que esta modalidad de franquicia es un método de distribución exclusiva en donde el local del franquiciado es solo un canal intermedio por medio del cual los productos son distribuidos de forma segura hacia los consumidores, llevando la marca del franquiciante.

¹³ STJUE, *Pronuptia de Paris GmbH v Shillgallis*, Case 161/84, 1 CMLR 414, 1986.

¹⁴ *Id.*

1.2.3 Franquicia de Servicios

En esta modalidad el franquiciador ofrece una fórmula original, específica y diferenciada de prestar un servicio por medio de un método comprobado en lo que respecta a su eficacia en el mercado.

El franquiciante concede el derecho a distribuir y comercializar un determinado servicio, conjuntamente con el derecho a explotar la marca, denominación o signos distintivos, además de secretos empresariales pero diferenciándose de la franquicia de distribución al proveer un servicio mientras que la otra modalidad solo contempla la comercialización de productos.¹⁵

La franquicia triunfa al crear una nueva experiencia para el consumidor en lo que respecta al servicio. Los Hoteles *Hampton Inn* son una excelente muestra de este tipo de franquicias, con 1907 hoteles (Hampton Inn, Hampton Inn & Suites and Hampton by Hilton) en 84 países alrededor del mundo han logrado posicionarse como la mejor franquicia en el mundo por segundo año consecutivo según la revista *Entrepreneurs*¹⁶, su secreto: un eficiente entrenamiento del personal, precios accesibles a la clase media en base a las condiciones socioeconómicas del país donde oferten su producto y eliminar ciertos costes accesorios (cargos extras como bebidas, acceso a ciertas áreas, etc.) son los detalles que marcan la diferencia a la hora de comparar con otras localidades donde hospedarse.¹⁷

Juan Manuel Farina señala que mediante este tipo de franquicia se suministra un servicio como conceptualización de una técnica o normativa determinadas, como por ejemplo: servicios de coche, asesoramiento fiscal, mantenimiento corporal, limpieza entre otros.¹⁸ Las franquicias pueden estar presentes en prácticamente cualquier negocio lo único que necesita es ser original, reproducible, comprobado, rentable, diferenciado e identificable de la competencia.

La transmisión del *Know How* unido con la capacitación del personal es el elemento más importante dentro de este tipo de franquicia, en vista de que un negocio sin ningún futuro o poca rentabilidad puede ser transformado por un franquicia en poco tiempo y hacerlo rentable.

¹⁵ MONSALVE Diana, OCHOA Leonor y INES Elvia, *Las franquicias como alternativa de inversión*, Instituto Universitario Ceipa, Medellín, 2002, p. 33.

¹⁶ En español, Emprendedores.

¹⁷ DALEY Jason, *Why Hampton Hotels rank No.1 on the Franchisee 500list*, <http://www.entrepreneur.com/article/217712>, Acceso: 11/02/2013, 20:03.

¹⁸ Óp. Cit; FARINA Juan, *Contratos mercantiles modernos*, p. 70.

1.2.4 Otros tipos de Franquicia

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de construir una serie de clasificaciones respecto a la franquicia, los siguientes tipos son los más difundidos a nivel internacional.

a) Franquicia Corner o Minifranquicia

Es la franquicia que se encuentra dentro de un establecimiento comercial dividido en tiendas departamentales o centros comerciales, son las llamadas islas comerciales que representan pequeños espacios de 5m², esta figura es también denominada minifranquicias al operar dentro de un pequeño local y suministrar limitados bienes o servicios por su reducido espacio de operación. Su utilidad es analizada en función de su fácil colocación y expansión.

La minifranquicia es un negocio viable especialmente en el mercado latinoamericano por no requerir una alta suma de dinero para su instalación que a diferencia de los locales de 15m² a 30m² cuyos coste bordea los USD 30000, en la minifranquicia puede llegar a costar entre USD 5000 a 10000, convirtiéndose en una opción viable para empresarios de mediano capital.¹⁹

b) Multifranquicias

El franquiciado cuenta con más de un establecimiento (marcas) del mismo franquiciador y se le asigna una determinada área de operaciones en la que podrá abrir el número de locales que considere conveniente.

Es importante diferenciar que en la multifranquicia, el franquiciado se obliga directamente al desarrollo empresarial de los establecimientos que abre, mientras que en la franquicia maestra se franquicia el negocio a otros y no debe desarrollar al nivel que el primero.²⁰

d) Franquicia master

Este tipo de franquicia es sin duda uno de los más interesantes y mayormente aplicados a nivel internacional por la facilidad que representa a empresas internacionales el acceder al mercado local.

Esta modalidad es la relación contractual que un franquiciador extranjero establece con una persona natural o jurídica del país en el cual se desea comerciar, actuando este

¹⁹ LIDERES, *El tamaño del local sí pesa en la expansión*, Semanario de economía y negocios, Quito, 2 julio 2012, p.21.

²⁰ Cfr. Óp. Cit; MONSALVE Diana, OCHOA Leonor y Ines Elvia, *Las franquicias como alternativa de inversión*, p.43.

último tanto como franquiciante y al mismo tiempo franquiciado por ser directamente responsable del desarrollo y representación del “franquiciador en jefe” de forma exclusiva en su país.²¹

Por otro lado la ley del Estado de Illinois, Estado Unidos, define a la franquicia maestra aunque la denomine subfranquicia:

"Subfranquicia"²² significa cualquier contrato o acuerdo entre el franquiciador y el subfranchisor, por el cual al subfranchisor se le concede el derecho, considerando el pago de una cuota en su totalidad o en parte por tal derecho, para *vender o negociar la venta de franquicias (...)*.²³

La ley de Franquicias de Illinois establece que habrá una “subfranquicia” o franquicia maestra cuando se otorgue el derecho de vender o negociar sobre la franquicia.

El franquiciado maestro tiene una amplia libertad en el manejo de las franquicias a cargo, ya que es el encargado de seleccionar a los nuevos socios, la inversión para modernizar los locales, publicidad de la red y la decisión sobre cómo tratar a los franquiciados de su territorio. Anteriormente se mencionó los beneficios de contar con un conocimiento local del mercado resultan importantes para la supervivencia y expansión del negocio, permitiendo sobrellevar las diferencias culturales que dificultan el acceso al mercado.

Esta modalidad ha sido adoptada por McDonalds que desde el 2007 tiene como franquiciado maestro a la empresa Argentina Arcos Dorados, el resultado ha sido permitir la consolidación de McDonalds en el mercado latinoamericano al contar con 86.000 empleados en 2100 locales distribuidos en 20 países de América Latina, con ingresos que bordean los USD 984 millones. El secreto detrás de este éxito es saber adaptar los productos a los gustos locales, por ejemplo en Argentina se vende Big Mac Kosher para la comunidad judía, arepa como desayuno en Venezuela o *pão de queijo* en Brasil.²⁴

En definitiva el master-franquiciado es el gestor, responsable del desarrollo y representación del franquiciador de forma exclusiva en su país y será el encargado de

²¹ Cfr. López Guzmán Fabián, *El contrato de franquicia internacional Un modelo estratégico empresarial*, p.164.

²² La doctrina Norteamericana denomina subfranquicia a la franquicia maestra.

²³ Sección 3 numeral 4: "Subfranchise means any contract or agreement between a franchisor and a subfranchisor whereby the subfranchisor is granted the right, in consideration of the payment of a franchise fee in whole or in part for such right, to sell or negotiate the sale of franchises. Where used in this Act, unless specifically stated otherwise, franchise includes subfranchise". Franchise Disclosure Act de 1987, 815 ILCS 705/1-44.

²⁴ Óp. Cit; BARNES Taylor, *El auge de las Franquicias en América Latina y el desafío de adaptarlas al gusto local*.

seleccionar a los franquiciados y adaptar el negocio a las características específicas del país en el que se desarrolle.

El inconveniente de esta modalidad se presenta para las ganancias del franquiciador al verse reducidas, puesto que el franquiciador master desarrolla la mayoría de servicios o asesoría que otorga generalmente el franquiciador. También resulta difícil el terminar la relación contractual con el franquiciado master al haber desarrollado un sistema extenso de franquicias.

d) Franquicia de Desarrollo²⁵

En esta modalidad el franquiciador otorga los derechos sobre la franquicia, con la nota de exclusividad sobre determinada zona geográfica que puede ser un país o región. El franquiciado está obligado a instalar en ese territorio, un número determinado de unidades para el desarrollo del negocio, pero estas deben ser suyas, instalando todas y cada una de las unidades bajo su riesgo y responsabilidad.²⁶

El franquiciado mediante este acuerdo se compromete a desarrollar y mejorar el sistema empresarial, puesto que es el propietario de todos los establecimientos de la franquicia en el país extranjero. Sin embargo es deber del franquiciado el informar de forma inmediata cualquier mejora o descubrimiento realizado para el producto o servicio.

El franquiciante percibe una suma de dinero (como una bonificación) por cada sucursal abierta, cuidando siempre que la calidad y el crecimiento de la red no se vea afectado por la apertura arbitraria de locales por parte de su socio. De igual forma se pacta que el pago que deberá realizar el franquiciado será en base a un porcentaje de las ventas ya sea por unidad o por el total, cuya finalidad real en estos acuerdos es la expansión de la red por medio de la motivación económica de sus socios.²⁷ También puede existir también una combinación de pago de sumas fijas y un porcentaje, las partes son libres de fijar sus prestaciones mutuas.

²⁵Una parte de la doctrina entiende a esta modalidad dentro del tipo de franquicia directa, que se da cuando el franquiciador otorga franquicias de manera directa sin intervención de terceros. Creemos que por sus características es un tipo autónomo.

²⁶Cfr. GHERSI Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, Tomo II, 5° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 55.

²⁷Cfr. CUERVO Lucia, *Contrato de Franquicia*, Universidad de Belgrano-Tesis de grado, Buenos Aires, 2005.

1.3 Derechos y Obligaciones del Franquiciador

El franquiciador es la persona o compañía que ha logrado posicionar un producto o servicio dentro del mercado, es decir que ha conseguido que los consumidores lo identifiquen y sepan las características de la marca, esto se conoce con el anglicismo de *Good Will*²⁸ que resulta ser la reputación que adquiere un negocio por su servicio al cliente, la calidad de sus bienes y mejores precios, todo esto crea un valor agregado a la hora de permitir la explotación del negocio.²⁹

Las franquicias internacionales por lo general poseen una marca *premium*³⁰, la cual está altamente posicionada en la mente del consumidor como un referente de su segmento por sus prestaciones que la diferencian de la competencia y además cuenta con amplia publicidad.

Que un franquiciante posea los derechos de una marca premium implica años por no decir décadas de trabajo e innovación, con el fin de liderar el mercado, por tal motivo la selección de sus colaboradores es un proceso rigurosos, observando su proyección en la expansión de la red dentro del país elegido.

El contar con “colaboradores empresariales” repercute en el éxito empresarial y la futura expansión del negocio. Como resultado los contratos de franquicias son sumamente explícitos y minuciosos a la hora de determinar las prestaciones de las partes.

A continuación analizaremos las principales obligaciones de las partes dentro del contrato de franquicia.

1.3.1 Entrega y disposición de bienes corporales

La franquicia es una técnica comercial de clonación de un negocio, pero de un negocio exitoso.³¹ El éxito de la franquicia recae en que sin importar la locación, el cliente tiene la

²⁸ La doctrina norteamericana define al *Good Will* en los siguientes términos: “Intangible pero reconocido activo de los negocios que es el resultado de características tales como la producción o venta de productos de marca y nombres reputados, una buena relación con la clientela y los proveedores, y la posición de negocio en la respectiva comunidad”. FRIEDMAN Jack, *Dictionary of Business terms*, EE.UU., Baron`s, 1994, p. 258.

²⁹ Op. Cit; LÓPEZ GUZMÁN Fabián, *El contrato de franquicia internacional Un modelo estratégico empresarial*, pp.302, 303.

³⁰ La doctrina empresarial clasifica a las marcas de la siguiente forma: 1.- Marca *premium*: fuertemente posicionada en el mercado y lidera en prestaciones; 2.- Marca B: Segundo nivel por presentar precio más bajo y calidad inferior; 3.- Segundas marcas: marcas producidas por empresas con productos Premium para atacar el segmento de bajos ingresos; 4.- Marca propia: exclusivas de los supermercados, menor valor que las grandes marcas; Marca Blanda: contiene datos del fabricante pero no una etiqueta identificadora.

³¹ Op. Cit; LÓPEZ GUZMÁN Fabián, *El contrato de franquicia internacional Un modelo estratégico empresarial*, p.122.

seguridad de que los productos tendrán el mismo nivel de calidad y los establecimientos proporcionaran las mismas prestaciones que cualquier otro, ya que se juega el nombre de la compañía en cada venta.

Una de las primeras obligaciones del franquiciador es entregar los bienes corporales para el funcionamiento de los locales de la red pero esta simple obligación tiene varios elementos:

a) Mercancías

Por mercancías se entiende que es toda cosa corporal, mueble, susceptible de tráfico, que constituye un objeto actual de la actividad mercantil y que tiene valor intrínseco por sí mismo.³² En definitiva es un determinado bien que es utilizado para producir un rédito económico a su propietario.

Las mercaderías pueden ser tan variadas como el tipo de negocio efectuado, pero estas mercaderías deben encontrarse en un estado aceptable para poder comerciar, debiendo el franquiciador garantizar la calidad de los productos suministrados. La doctrina señala que si no se especifica el estado de los bienes estos deben ser de mediana calidad, recordando que la franquicia no es cualquier negocio y la calidad fijada siempre debe ser superior a la media para mantener el prestigio internacional de la marca.

En varias ocasiones al franquiciado se le exige que contrate con determinados proveedores (que puede ser el mismo franquiciador) con el fin de mantener el nivel de calidad e imagen que cualquier otro local en el mundo. Este sin duda es uno de los temas más discutidos por el Derecho de la Competencia y por tal motivo solo dejamos esbozado la problemática para un posterior análisis a profundidad.

b) Maquinaria, mobiliario y locales

Para el adecuado funcionamiento de una franquicia es necesario contar con una estructura física que refleje el status y las prestaciones de la franquicia. El franquiciador se halla en el deber de suministrar toda la maquinaria, mobiliario y en ciertos casos hasta el local donde operara la franquicia.

La maquinaria es el conjunto de máquinas mediante las cuales se realiza la extracción o elaboración de los productos. Esto incluye a todos aquellos elementos de transporte interno que se destinen al traslado de personal, animales, materiales y mercaderías

³² GARRIGUES DÍAZ Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Tomo I, Temis, Bogotá, pp.179, 180.

dentro de factorías, talleres, etc. El franquiciador dentro de su manual de operaciones detallará las características de la maquinaria, especificaciones de operación, normas de seguridad y todos los aspectos referentes a su mantenimiento, con el objetivo de crear productos únicos y de calidad.

Los manuales de operaciones deben ser completos permitiendo operar al nuevo socio de inmediato, ya que manuales o cursos insustanciales o inútiles al presentar información general o poco determinada generan una responsabilidad a cargo del franquiciador.³³

El mobiliario se lo concibe como el conjunto de muebles que forman parte de la estética del local y lo diferencian del resto de la competencia al permitir crear un ambiente que incentive al consumidor a volver y adquirir el producto o servicio ofrecido, el llamado marketing está enfocado en crear una nueva experiencia para el consumidor.³⁴ Lo que caracteriza a la franquicia es que el mobiliario es idéntico al de cualquier otro local de la red, por tal motivo el franquiciador entregará un manual de operaciones en el cual se detallará las características, diseño y ubicación del mobiliario que en base a su amplia experiencia ha constatado su efectividad. No resulta extraño que ciertos manuales incluso lleguen a determinar el color del mobiliario, intensidad de la luz, forma de exhibir las mercaderías y hasta la ambientación musical, elementos que a simple vista no parecen importantes o que pueden pasar por alto pero que a la hora de vender son influyentes.

Las franquicias simplemente no pueden funcionar en cualquier local, ya que requieren de una cierta estructura para poder operar y servir con calidad, la franquicia conjuga la publicidad y el marketing para lograr números significantes en sus ventas.

Por lo general es el franquiciado quien se halla en la obligación de conseguir el bien inmueble donde funcionará la franquicia, pero esta locación deberá contar con la aceptación por parte del franquiciador que analizará si la ubicación, edificación y el acceso de los consumidores es el apropiado para el tipo de negocio.

Existe una limitante para el franquiciado sobre la utilización del local, puesto que en la mayoría de contratos de franquicia se establece la prohibición de subarrendar el local comercial donde funciona la franquicia por el alto riesgo que corren los secretos empresariales transmitidos, resulta comprensible el temor de que una persona ajena al

³³ Cfr. NAVAS María Fernanda y MOSQUERA Andrés Mauricio, *El contrato de franquicia: Aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, p. 287.

³⁴ Cfr. KOTLER Philip, *Los 10 pecados capitales del marketing*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2004, pp.87-90.

negocio adquiera piezas, planos o el manual de operaciones que representarían una afectación a la ventaja comercial del negocio por exponer a sus rivales todos sus conocimientos. Frente a este supuesto el franquiciado se halla en la obligación de indemnizar todo tipo de perjuicio ocasionado por la explotación no autorizada de su propiedad intelectual o competencia desleal.³⁵

1.3.2 Cesión de bienes incorporeales

Lo que realmente vuelve especial al contrato de franquicia y lo diferencia de otro tipo de contratos mercantiles modernos es permitir la adquisición de un *Know How* (saber hacer) de forma inmediata, explotando ese conocimiento con éxito sin la necesidad de tratar posicionarse en el mercado durante años.

Por *Know How* debemos entender al conocimiento exclusivo que tiene una persona con carácter secreto, aplicable a la industria o al comercio, y que puede ser explotado en forma directa, o transmitido para este fin a terceros. Esta información confidencial es en definitiva inviolable por constituir la ventaja competitiva de quien la posee.³⁶

No resulta equivocado señalar que el *Know How*³⁷ marca la diferencia entre el éxito o el fracaso, la ventaja competitiva de “saber hacer” mejores productos o prestar un mejor servicio se la adquiere solo mediante el paso de los años y es por tal motivo que las franquicias lo custodian de forma celosa (una de sus características principales es que no puede ser de dominio público) y solo mediante un riguroso proceso de admisión se logra obtener ese conocimiento de punta.

Para la explotación legítima de los bienes incorporeales es necesaria la concesión de una licencia, debiendo celebrarse varios contratos como el de licencia de patente, de marca, de asistencia técnica, etc., en base a esto podemos afirmar que la franquicia es un negocio complejo que involucra la celebración de varios contratos para su correcta e idónea realización.

Cabe recordar que el *Know How* se transmite en el conjunto de bienes que conforman la operación de la franquicia. No existe una transmisión parcial de conocimientos y dejar que el franquiciado descubra por su cuenta el resto.

³⁵ Óp. Cit; NAVAS María Fernanda y MOSQUERA Andrés Mauricio, *El contrato de franquicia: Aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador*.

³⁶ Cfr. LÓPEZ GUZMAN Fabián, *El contrato de franquicia internacional*, p.363.

³⁷ El Código Deontológico Europeo de Franquicias define al *Know How* de la siguiente forma: “El «saber hacer» o *Know How* es un conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, resultantes de la experiencia del Franquiciador y probadas por él. Es secreto, sustancial e identificado (...)”.

El Departamento de Comercio de los Estados Unidos acertadamente señala que el contrato de franquicia y la relación entre franquiciado y franquicante “no solo incluye productos, servicios, marcas, sino todo el formato empresarial en sí mismo, un plan de marketing, manuales de operaciones y estándares de control de calidad llegando incluso a procesos de comunicación internos”³⁸, implicando un traspaso de toda una ideología empresarial a sus nuevos socios.

El know how se compone de los siguientes derechos:

a) Nombre comercial

El nombre comercial es “*bajo el cual un comerciante (empleando la palabra en su sentido más amplio) ejerce los actos de sus profesión; es aquel que utiliza para vincularse con su clientela; para distinguirse a sí mismo en sus negocios o para distinguir a su establecimiento comercial*”.³⁹

En el Derecho Comunitario la Comunidad Andina de Naciones (CAN) expidió la decisión 486 para la protección de los derechos de propiedad intelectual, en el artículo 190⁴⁰ se señala: “*Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa o a un establecimiento mercantil*”.

La doctrina establece que el nombre comercial tiene una función distintiva como una representación de las cualidades de su titular. Sin embargo esta distinción tiene dos aspectos:

- 1.-Permite reconocer a la empresa, como organización de medios dirigidos a un fin económico y actuar en el mercado compitiendo con otras empresas, de modo que el público no se confunda entre ellas.
- 2.-Limita a mentarla (pensarla) como sujeto jurídico al que han de imputarse los actos y negocios jurídicos atribuibles al mismo.⁴¹

La Ley de Propiedad Intelectual (LPI) señala los requisitos para obtener el derecho sobre un nombre comercial:

³⁸ LAFONTAINE Francine, *Agency, Theory and Franchising: Some Empirical Results*, The RAND Journal of Economics, Vol. 23, No. 2, 1992, pp. 263-283.

³⁹ BERTONE Luis y CABANELLAS Guillermo, *Derecho de Marcas. Marcas designaciones y nombres comerciales, Tomo I*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 278..

⁴⁰ En iguales términos la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador define al nombre comercial en su art.229.

⁴¹ CORROZA Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Intelectual*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 124.

“Art. 230.- El nombre comercial será protegido *sin obligación de registro*. El derecho al uso exclusivo de un nombre comercial nace de su *uso público y continuo y de buena fe* en el comercio, por al menos seis meses.” (La cursiva es propia)

Los requisitos dentro de nuestro país no son exigentes, ya que se lo concede por su simple uso. El registro por este mecanismo en las franquicias es poco usual ya que tiene un registro sobre el nombre en su propio país y son marcas notorias que presenta una protección distinta.

Cabe mencionar que el Art. 27 # 2 de la LORMer, prohíbe los actos de engaño sobre el nombre comercial, esto resulta útil para las franquicias que son afectadas por acciones fraudulentas de compañías ilegales a su clientela al ofrecer productos en apariencia similares a un coste menor pero afectando seriamente la calidad, ocasionando no solo un perjuicio por el uso no autorizado de la marca y nombre comercial sino al prestigio de la compañía. Este punto será analizado con mayor profundidad en el capítulo tercero.

b) Rótulo o emblema comercial

El rótulo es el signo distintivo que adopta y usa un comerciante para identificar sus establecimientos mercantiles y es un signo exterior visibles que se coloca sobre la fachada para atraer a la clientela.

La protección jurídica de los rótulos es la misma que el nombre comercial como lo establece el artículo 200 de la Decisión 486.

C) Marca

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI por sus siglas en ingles) define a la marca como un signo o una combinación de signos que diferencian los productos o servicios de una empresa de los demás. Esos signos pueden ser palabras, letras, números, fotos, formas y colores así como toda combinación de los mismos.⁴²

Nuestra LPI en similares términos señala que por marca se entenderá cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado y este debe ser suficientemente distintivo y susceptible de representación gráfica.⁴³

La importancia de las marcas reside básicamente en cuatro aspectos para el mercado:

⁴² OMPI, *Principios básicos de la Propiedad Industrial*, www.wipo.int, Acceso:27/03/2013, 17:29.

⁴³ Art. 194, Ley Propiedad Intelectual.

-Permitir la **identificación de un producto** o servicio ya conocido o que haya sido objeto de publicidad. El carácter distintivo de la marca debe ser evaluado en relación con los productos o servicios a los que se aplique, por ejemplo el nombre de una marca informática no tendrá el mismo efecto en el mercado agrícola.

-Las marcas diferencian los productos o servicios de una **fuentes** de productos o servicios idénticos o similares de otras fuentes.

-Las marcas sirven para relacionar una **calidad concreta** del producto o servicio a las que se apliquen, de esta forma el consumidor puede fiarse de la calidad constante de los productos que lleven dicha marca. Esta función se conoce como de garantía.

-Promover la comercialización, así como la venta de productos, comercialización y la prestación de servicios, buscando inspirar **confianza** a los consumidores sobre el producto adquirido.⁴⁴

La doctrina ha desarrollado la siguiente clasificación:

1.- Nominativas: aquellas que se componen únicamente de letras, figurativas y mixtas.

2.- Figurativas: compuestas de una figura o arreglo imaginado.

3.- Mixtas: son aquellas que reúnen elementos gráficos y nominativos.

4.- Marcas colectivas: se designa de esta forma a las marcas que son propiedad de una asociación, (asociación de contables o ingenieros), cuyos miembros utilicen la marca para denotar cierto nivel de calidad y otros requisitos impuestos por la asociación.

5.- Marcas de certificación, denotan cumplimiento con ciertas normas definidas pero no implican pertenencia a ninguna asociación. A estas últimas vienen añadirse las marcas que se utilizan en relación con servicios, y que vienen a llamarse marcas de servicio, que suelen ser utilizadas, por ejemplo, hoteles, restaurantes, líneas aéreas, agencias de turismo, agencias de alquiler de automóviles, y tintorerías. Todo lo que se aplica a las marcas de fábrica y de comercio se aplica también a las marcas de servicio.⁴⁵

Para que una marca sea considerada como tal debe cumplir con los siguientes requisitos: Debe tener una capacidad para distinguir productos o servicios dentro de un mercado específico; y ser susceptible de representación gráfica que permita al consumidor tener una idea abstracta sobre lo que representa.⁴⁶

En lo concerniente a la franquicia, no se establece una cesión de la marca propiamente dicha, en vista de que el franquiciador no se desprende de la exclusividad absoluta del

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Id.

derecho, sino que lo limita o restringe a ciertos derechos, conservando el franquiciador el control de la marca y los derechos no transmitidos.

El franquiciador está obligado a garantizar la utilización pacífica e inmediata de la marca por medio de la renovación del derecho de explotación que cuenta con un plazo de 10 años según la Decisión 486 de la CAN, con posibilidad de renovarlo por igual periodo. El franquiciado por su parte cancelara un monto pecuniario para poder usufructuar sin problemas de la propiedad intelectual y frente a un impedimento se encuentra habilitado para demandar por los perjuicios causados de la conducta negligente del franquiciador.

d) Patente

Una patente es un derecho exclusivo concedido por el Estado sobre una invención, es decir, un producto o procedimiento que aporta, en general, una nueva forma de hacer algo o una nueva solución técnica a un problema. Para que sea patentable, la invención debe satisfacer determinados requisitos:

- 1.- tener uso o aplicación práctica;
- 2.- presentar un elemento de novedad; es decir, alguna característica nueva que no se conozca en el "estado de la técnica"⁴⁷, el cuerpo de conocimiento existente en su ámbito técnico;
- 3.- la invención debe presentar un paso inventivo que no podría ser deducido por una persona con un conocimiento medio del ámbito técnico;
- 4.-finalmente, su materia debe ser aceptada como "patentable" de conformidad al Derecho.⁴⁸ La "patentabilidad" de una invención dependerá del país donde se encuentre en vista a que teorías científicas, métodos matemáticos, obtenciones vegetales o animales, los descubrimientos de sustancias naturales, los métodos comerciales o métodos para el tratamiento médico (en oposición a productos médicos) que por lo general, no son patentables.

Una patente proporciona protección a la invención del titular de la patente. La protección de una patente significa que la invención no puede ser confeccionada, utilizada, distribuida o vendida comercialmente sin el consentimiento del titular de la patente.⁴⁹ La importancia de las patentes dentro de las franquicias es incalculable puesto que son

⁴⁷ El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) señala que el estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida.

⁴⁸ Cfr. FERNANDEZ José María, RANZ Francisco y SIGUENZA David, *La OMPI y la Propiedad Intelectual*, Madrid, 2003, pp. 34-39.

⁴⁹ Ley de Propiedad Intelectual, Art.120.

estos avances tecnológicos lo que lleva a la compañía a destacar y establecer los estándares de calidad dentro del mercado.

La limitante de la patente se da en cuanto al objeto, el franquiciado solo puede utilizar la patente para los fines autorizados, es decir solo para desarrollar el objeto del negocio.

El art. 58 de la Decisión 486 presenta una interesante prohibición, al señalar que la autoridad nacional competente no registrará los contratos para la explotación de patentes que no se ajusten a las disposiciones comunitarias o nacionales sobre las prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia. La Decisión establece la obligatoriedad de adecuar cualquier acuerdo a la LORMer caso contrario no se procederá con su inscripción.

e) Good will

Como mencionamos con anterioridad el Good Will es el prestigio o buena fama que una empresa ha obtenido por la adecuada explotación de su negocio.

El franquiciado no está autorizado para realizar modificaciones de cualquier índole a los signos distintivos, nombre comercial, rótulos o publicidad por sí solo, al ser una obligación la preservación de la homogeneidad del negocio.

1.3.3 Prohibición de Competencia

El franquiciante se halla impedido de realizar actos de competencia desleal durante la explotación de la franquicia por parte del franquiciado, comprometiéndose el primero a respetar la zona de explotación del negocio designada, es decir no puede otorgar la misma licencia a otro sujeto al existir un margen de exclusividad territorial.

En los contratos de franquicia, es usual establecer mediante un cláusula de prohibición el área de operaciones que tendrá el franquiciado, esto se pacta con el fin de que no existan otro franquiciado que disminuya el mercado del otro afectando de forma negativa sus ventas.

La obligación es simple dentro de la franquicia, las dos partes deben confiar mutuamente de lo contrario el sistema no funciona, los dos sujetos están orientados a conseguir ganancias apoyándose uno al otro.

Este tema representa una de las piezas centrales de este trabajo y se analizara en los capítulos segundo y tercero.

1.3.4 Asesoramiento y asistencia

En la etapa previa a la firma del contrato de franquicia las partes deben estar totalmente informadas sobre las consecuencias de emprender este negocio, por lo cual varias legislaciones alrededor del mundo establecen la obligación por parte del franquiciante de informar de forma clara y completa sobre la situación de la empresa para que efectúen una decisión consiente.

En el derecho comparado, la ley Italiana en su art. 4 señala que deberá informar con al menos 30 días de anticipación⁵⁰ a la suscripción del contrato, claramente sobre los siguientes puntos:

- principales datos sobre el franquiciante (capital social, domicilio, giro comercial, etc.);
- balances de los tres últimos años y desde que se inicio actividad comercial;
- indicación de las marcas cuya propiedad ostenta con la correspondiente documentación que lo certifique;
- lista de los afiliados a la red y su ubicación geográfica;
- indicación sobre la variación año a año del número de afiliados de los últimos tres años; y,
- una breve descripción de los procedimientos judiciales o arbitrales que el franquiciante atraviesa, así como los procesos concluidos de los últimos tres años.⁵¹

Por otro lado señalamos que la responsabilidad del franquiciador por los pronósticos de facturación y rentabilidad tendrá lugar solo en el caso que estos carezcan de fundamento real, fáctico y comprensible en cuanto a su claridad.⁵²

Todos estos datos aportan un conocimiento integral sobre el estado financiero de su futuro socio y la posición de la empresa en el mercado, de tal forma que no se pueda

⁵⁰ De igual forma la Ley de Franquicias de Illinois en la sección 5 obliga al franquiciador a informar con 14 días a la suscripción del contrato sobre su contenido.

⁵¹ Art. 4 Obblighi dell'affiliante: 1. Almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto:

a) principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni;

b) l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio;

c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale;

d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante;

e) l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni;

f) la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla *privacy*.

⁵² Cfr. NAVAS María Fernanda y MOSQUERA Andrés Mauricio, *El contrato de franquicia: Aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador*, pp.286.

alegar un fraude por parte del franquiciador en las proyecciones de ganancias o los problemas financieros que se atraviesen.

En cuanto a la asistencia esta debe ser permanente y oportuna, ya que la información obtenida por el franquiciado crea una ventaja competitiva al no tener que descubrir cuáles son las tendencias en cuanto a gustos, decoración o manejo de capital humano, la organización interna de la compañía es un activo valioso en el mundo empresarial.

Los aspectos principales que componen tanto la asesoría como la asistencia son:

-Formación del personal

Para poder explotar adecuadamente el *know how* y la tecnología transmitida se debe entrenar al personal a cargo ya que ellos brindaran un servicio o crearan un producto que será el reflejo de toda la red, si bien los manuales de operación recogen toda la información necesaria para operar, es indispensable el asesoramiento (presencial) de un profesional con experiencia para solucionar cualquier problema o inquietud que se pueda presentar en ese momento. No resulta extraño que reconocidas franquicias dicten cursos de preparación⁵³ en el país de origen a sus principales directivos para capacitarlos en todos los aspectos del negocio.

-Asesoramiento de imagen y presentación de locales.

La franquicia se caracteriza por la homogeneidad de sus locales y en la presentación de sus productos, identificando de esta forma a toda la red.

Se ha señalado anteriormente que existe un estricto control en lo que respecta al vestuario de los trabajadores, distribución del espacio, tipo de música, decoración y hasta aromas que forman parte de la experiencia de consumo. En todos estos aspectos se asesora y se modifica conforme a la locación geográfica.

-Gestión de calidad.

En el mundo actual la calidad es sinónimo de éxito, pero este éxito es efímero, por tal motivo resulta imperante el actualizarse constantemente y las franquicias son bastante buenas en ello, con el fin de mejorar la calidad se da un proceso de *feedback* (retroalimentación) que comienza con el asesoramiento del franquiciante sobre que procedimientos son los indicados para obtener un determinado grado de calidad (que se

⁵³ La franquicia de comida rápida McDonalds considera primordial el entrenamiento de su personal, siendo la primera en fundar la Universidad de la Hamburguesa en Illinois, Estados Unidos.

entiende superior a la media) luego conforme desarrolle la actividad comercial el franquiciado puede llegar a crear nuevos métodos o formulas con las cuales mejorar la producción.

Recordemos que es una práctica desleal el ocultar de forma deliberada toda mejora al franquiciante ya que en definitiva se está mejorando una técnica ya descubierta, probada y distribuida por este último.

Existen otras obligaciones que cobran gran importancia en la ejecución de la franquicia.

-El derecho de control

Dentro de la franquicia no se puede señalar de forma categórica que existe una jerarquía o declarar que el franquiciante ostenta el cargo de jefe frente al franquiciado, ya que ambos son empresarios independientes y autónomos que los unen objetivos comunes en pro de desarrollo de la red.

Este derecho se ve enfocado en la supervisión mutua del negocio, orientado a la detección y corrección de problemas mediante directrices de orden administrativo, financiero y logístico provistas al franquiciado y que éste deberá cumplir. El franquiciante para asegurarse del cumplimiento de estas pautas, realizara auditorías internas con el fin de comprobar si los parámetros de calidad y eficiencia están siendo cumplidos a cabalidad.

-Saneamiento

El franquiciador está obligado a garantizar a su socio el uso y goce pacífico de los bienes transmitidos, este deber se garantiza por medio del otorgamiento de bienes que no tengan vicios que imposibiliten su explotación y representen gastos extras para su socio.

Los bienes tanto materiales como inmateriales no deben presentar ningún impedimento de carácter material o jurídico, ya que en el contrato de franquicia las partes establecen la calidad inmanente de las cosas transferidas en cuanto a las condiciones específicas que reúne cada una de ellas, dado que si algún bien se halla con alguna afectación esto produce una afectación a las ganancias de sus socios y en especial al iniciar operaciones al ser una época que son vulnerables frente a la competencia.

El fabricar productos mediante bienes defectuosos puede ocasionar el temido desprestigio de la red, un error que las grandes franquicias no pueden permitirse.

1.4 Derechos y Obligaciones del Franquiciado

1.4.1 Pago del precio

El cancelar los diversos conceptos monetarios que derivan por el emprendimiento del negocio de franquicias es una de las principales obligaciones del franquiciado, por la cancelación del monto el nuevo socio puede exigir una serie de Derechos frente a la red.

El franquiciado está obligado a pagar los siguientes conceptos para poder formar parte de la red:

a) *Initial fee o Derecho de entrada*

El franquiciante ha logrado posicionar a su marca dentro de un estándar de calidad y prestigio gracias a una labor de varios años e inversión constante, orientado hacia la identificación y conexión de su producto o servicio al consumidor.

Mediante un *Initial Fee*, el franquiciante recibe una compensación de los gastos previamente efectuados (costes de desarrollo de franquicias, la producción de materiales publicitarios, organización interna y de marketing, gastos de publicidad, etc.). Beneficios que el nuevo socio recibe en un estado de desarrollo avanzado, debiendo colaborar desde el inicio con la red para el beneficio de sus miembros.

El pago del derecho de entrada permite al nuevo socio obtener las siguientes ventajas:

- 1.- Transmisión del Know How.
- 2.- Entrenamiento del personal para iniciar operaciones.
- 3.- Solicitar el asesoramiento constante sobre los procedimientos de la franquicia como la arquitectura requerida para montar el negocio, apertura de local, visitas de inspección, indicación de proveedores autorizados, elaboración de los pedidos iniciales, etc. Todos estos detalles constan dentro del manual de operaciones que tendrán acceso una vez cancelado esta prima inicial.

Por lo general se pacta un 10% del valor total de la inversión inicial como concepto de *initial fee*.⁵⁴

⁵⁴McDonald's a nivel mundial cobra un *Initial fee* de \$ 22.500 a cualquier persona que desee formar parte de la franquicia.

b) Royalties o regalías

La Asociación Internacional de Franquicias (IFA por sus siglas en inglés) define a la regalías como el pago regular efectuado por el franquiciado en base al valor porcentual de sus ventas brutas.⁵⁵

Las regalías es el costo que el franquiciado debe pagar por la explotación de la marca.

El pago de las regalías pueden ser periódicas, fijas (suma fija por un periodo específico) o proporcionales a las ventas, bajo esta última modalidad el franquiciante tiene el acceso total a los libros de contabilidad para constatar el volumen de las ventas y así determinar la cantidad adeudada.

Algunas franquicias por otro lado, utilizan el sistema de regalías mínimas a la hora de cobrar, en este sistema el franquiciante se asegura de recibir una suma determinada por la explotación de la franquicia sin importar el volumen de las ventas o las posibles vicisitudes que atravesase al empresa.

El monto de las tasas de regalías en esencia son las contribuciones a la organización en conjunto. Los pagos están dirigidos al mantenimiento del sistema y su futura expansión, permitiendo a la red incursionar en mercados cada vez más lejanos, generando una mayor rentabilidad y valoración del negocio beneficiando a todos los miembros.

En el pago de regalías el franquiciante por lo general establecen una cláusula de garantía monetaria por desvalorización, cubriéndose así de una posible reducción en el porcentaje en países de operación cuyo régimen monetario no presenta mayores garantías frente a una posible devaluación.

En el contrato de franquicia las regalías y en especial su cálculo, periodicidad y rubros sobre cuales recaen deben ser claros y precisos para evitar futuros conflictos que entorpecerán y terminarán con el fracaso del negocio. Por el pago del precio el franquiciado recibe:

-Formación continua: información, cursos, actualización del saber hacer y de manuales operativos, etc.

-Apoyo permanente en la gestión empresarial: asistencia técnica, planificación estratégica, control y supervisión.

⁵⁵ BESEHEL Barbara, *Introduction to Franchising*, IFA, New York, 2005, http://www.franchise.org/uploadedFiles/Franchise_Industry/Resources/Education_Foundation/Intro%20to%20Franchising%20Student%20Guide.pdf, Acceso: 22/02/2013, 22:37.

- Aprovisionamiento: actualización de la oferta, control del stock y mejoras en la negociación de las compras.
- Investigación y desarrollo (I + D) de nuevos productos o servicios que mejoren la oferta comercial.
- Campañas de publicidad, asesorando sobre qué tipo de clientela busca captar la franquicia y la mejores estrategias de marketing.

1.4.2 Explotación de la franquicia

Uno de los objetivos primordiales para la red y de todos sus socios es la expansión de la franquicia, por tal motivo el franquiciado se halla en la obligación de explotar el negocio a partir de la fecha fijada, colaborando así con el crecimiento económico de la empresa.

El no iniciar operaciones en el periodo pactado produce una afectación de la rentabilidad, derivando en que los otros socios trabajen para soportar las pérdidas del nuevo integrante.⁵⁶

La explotación del negocio presenta múltiples aspectos a considerar para su total cumplimiento:

- Organización empresarial: Establecimiento de procesos de mando dentro de la franquicia y especialmente el llevar una contabilidad que permita obtener proyecciones financieras sobre la situación de la franquicia en determinada zona.
- Cumplimiento riguroso de las instrucciones impartidas: El implantar una franquicia requiere una clara coordinación y sobretodo un *feedback* que detalle los problemas y avances de toda la red.
- Potenciación del marketing: El franquiciado debe propender al mejoramiento constante⁵⁷ de la imagen de la empresa a través de la prestación de un servicio de calidad con excelentes instalaciones, personal capacitado y materias primas superiores.
- Protección de los secretos empresariales: La utilización de los secretos empresariales debe ser cuidadosa y en los términos establecidos en el contrato, cualquier filtración no consentida de los secretos ocasiona indemnizaciones de perjuicios a favor del empresario afectado.⁵⁸

La conducta del franquiciado siempre debe estar encaminada a incrementar la rentabilidad del negocio, en este punto algunos expertos aconsejan que el crecimiento sea moderado, solo cuando se constituya un negocio sólido y se obtengan ganancias con

⁵⁶ Cfr. LOPEZ GUZMAN Fabián, *El contrato de Franquicia Internacional*, pp.326-327.

⁵⁷ El *benchmarking* dentro del mundo de los negocios significa el mejoramiento continuo de bienes y servicios ofrecidos al consumidor.

⁵⁸ Óp. Cit; LOPEZ GUZMAN Fabián, *El contrato de Franquicia Internacional*, p.339.

pocas fluctuaciones se proceda con la fase de expansión al existir menores márgenes de riesgo respecto a las pérdidas de la inversión.⁵⁹

1.4.3 Prohibición de competencia

La prohibición de competencia respecto del franquiciado se la puede observar en dos momentos: el primero se presenta durante la relación contractual en cuya explotación de la marca se halla permitida mediante licencia; el segundo momento se da luego de terminado el contrato y ha finalizado el periodo de licencia para la explotación de la marca.

Durante el desarrollo de las actividades de la franquicia, el franquiciado se encuentra prohibido de realizar una actividad comercial similar, al contar con información privilegia de la red. El franquiciado que realiza estas prácticas desleales juega un doble rol, al guiar por una parte a la franquicia y en otro momento velar por los intereses de su negocio, en este caso hay un claro conflicto de intereses desconociendo de esta forma los pactos adquiridos anteriormente y que resultan en responsabilidad contractual.

La prohibición tiene fundamento en vista de que contribuye a mantener una sana competencia entre los empresarios y coadyuva tanto en la interpretación como la aplicación de las disposiciones de competencias desleal.⁶⁰

En el segundo escenario, que se da luego del término concedido para la explotación del negocio, el franquiciado se puede sentir tentado de continuar utilizando la marca, patentes y conocimientos adquiridos en años posteriores para su beneficio sin retribuir a su ex socio por tales conceptos, ya que en definitiva él sabe cómo funciona el negocio. Para impedir este supuesto en los contratos de franquicia se pacta una cláusula de “prohibición competencia” que establece un periodo determinado de tiempo (por lo general de 5 a 10 años) en el cual el franquiciado no podrá realizar actividades dentro del mismo sector comercial.

El Convenio de París⁶¹ en su artículo 10 numeral 2, señala que se consideran desleales toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir a error respecto a la actividad, prestaciones comerciales o establecimientos al público. Este supuesto se puede dar fácilmente en las franquicias ya que el consumidor no puede saber si el contrato de

⁵⁹ TEXEIRA Ed, *What makes a franchisee successful*, International Franchise Association, 2011, p.2.

⁶⁰ Cfr. LOPEZ GUZMAN Fabián, *El contrato de Franquicia Internacional*, p.448.

⁶¹ El Ecuador se adhirió al convenio el 22 de marzo de 1999, entrando en vigor el 22 de junio del mismo año.

franquicia ha concluido y quien presta el servicio o producto no está legalmente autorizado.

Sin esta prohibición el contrato franquicia se puede convertir en un mecanismo ilegítimo para obtener los conocimientos técnico empresariales de empresas prestigiosos y así poder efectuar una actividad comercial específica en perjuicio de toda una red de miembros que han trabajado años para desarrollar un *Know How* e innovarlo constantemente; la conducta del franquiciado estaría orientada a firmar el contrato por un corto periodo de tiempo, adquirir el conocimiento necesario y luego volverse en contra de su socio.

1.4.4 Respeto al período de vigencia y renovación

El período de vigencia es el tiempo acordado por las partes durante el cual el franquiciado desarrollará el sistema de franquicias, bajo las condiciones establecidas en el contrato.⁶²

La franquicia por lo general cuenta con un periodo mínimo de tres a cinco años para su explotación, orientado a la recuperación de la inversión efectuada por el franquiciado. Este periodo es considerado el necesario para poder posicionar al negocio en el mercado.

Se debe privilegiar la renovación de la franquicia a los franquiciados siempre y cuando no existan razones que indique lo contrario. Si los resultados no son los esperados en cuanto a ventas o existen reiteradas faltas contractuales, el franquiciante puede dar por terminado el contrato.

Entre las múltiples obligaciones del franquiciado señalamos las siguientes como las más importantes:

- Dar cumplimiento a la normativa vigente que regule los distintos aspectos que hacen a la operatividad de la franquicia.
- Mantener el esquema de atención al público.
- No ceder ni sub-franquiciar, salvo los casos de Franquicia Master.
- Abstenerse de seguir utilizando el nombre y /o la marca una vez concluida la relación contractual.

⁶²Óp. Cit; NAVAS María Fernanda y MOSQUERA Andrés Mauricio, *El contrato de franquicia: Aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador*, pp.293, 295.

Capítulo II

2. DERECHO ANTIMONOPOLIOS CORRECTIVO

2.1 Aspectos esenciales del Mercado

La Constitución de 2008, en su artículo 304 numeral 6 establece como parte de la política comercial del Estado, el evitar cualquier tipo de prácticas monopólicas u oligopólicas que afecten al mercado. La Carta Magna fija como obligación del Estado el garantizar un mercado competitivo donde los diversos agentes económicos logren desenvolverse en igualdad de condiciones, la teoría económica ha demostrado que dentro de todo mercado existirán anomalías⁶³ (abusos) que transforman el equilibrio del mercado y es ahí donde entra el Derecho de la Competencia para que a través de sus normas, principios e instituciones restablezcan el orden dentro del mercado y alcanzar una finalidad suprema: proteger la competencia entre los diversos agentes y beneficiar en última instancia a los consumidores.

La Superintendencia de Control de Poder del Mercado es la entidad encargada de vigilar y sancionar a los agentes económicos con el fin de generar eficiencias dentro del mismo, para ellos se valdrá de la competencia misma que se da entre los agentes, elemento que los insta a innovar y mejorar de forma constante para permanecer en el mercado.

La competencia puede ser entendida como las condiciones del mercado en que la rivalidad de los vendedores impide la existencia del poder del mercado discrecional del monopolio, sobre el precio y la producción.⁶⁴

La doctrina ha señalado que los acuerdos tendientes a reducir o eliminar la competencia a efectos de aumentar ganancias, incrementar de forma arbitraria los precios a los compradores, obstaculizar el acceso o expulsar a otras empresas del mercado, son

⁶³ MANKIW Gregory, *Principios de Economía*, Thompson, Madrid, 2007, pp.201-2013

⁶⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*, Buenos Aires, 2 tomos, editorial Heliasta, 2004, p.331.

prácticas anticompetitivas.⁶⁵ En el presente capítulo analizaremos las teorías o estándares más utilizados por las agencias internacionales de competencia, a la hora de evaluar que conductas son perjudiciales para el mercado y los consumidores.

2.1.1 Nociones y alcances de la posición de dominio

En el Derecho de la Competencia el concepto de posición de dominio resulta esencial a la hora de analizar si el comportamiento de un agente afecta o no al mercado, pero el determinar esta posición resulta complejo al ser necesario contar con información privada de la empresa y su acceso resulta restringido, por tal motivo se requiere analizar factores externos⁶⁶ de la empresa.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea definió a la posición de dominio como la “fortaleza económica de impedir la existencia de condiciones de competencia en el mercado relevante, dándole a quien la tiene la amplitud de actuar independientemente de sus rivales, sus clientes y hasta de los consumidores”.⁶⁷

De igual forma en el caso *United Brands*⁶⁸ se definió a la posición dominante, estableciendo los parámetros de evaluación:

“Una posición de fortaleza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de **obstaculizar** el mantenimiento de una **competencia efectiva** en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de su competencia, clientes y, en último extremo, de los consumidores”.

(Negrilla es propia)

Dos elementos deben ser comprobables para que se designe a una empresa con posición dominante: la independencia de comportamiento respecto de sus competidores; y la capacidad de eliminar la competencia efectiva.⁶⁹ Esto significa que la empresa cuenta con la capacidad para subir los precios e imponer otras condiciones transaccionales sin que disminuya su volumen de ventas.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ La evidencia circunstancial es la herramienta por excelencia de las autoridades de competencia, todas estas evidencias deberán ser analizadas en conjunto y unívocamente determinar la existencia de una distorsión en el mercado.

⁶⁷ *Michelin vs Comision*, pp. 332-81, en KAPLOW Louis y SHAPIRO Carl, *Antitrust- Handbook of Law and Economics*, p.22.

⁶⁸ STJUE, *United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. Comisión*, 14 de febrero de 1978, asunto 27/76.

⁶⁹ ORTIZ BLANCO Luis, MAILLO GONZALEZ Jerónimo, IBAÑEZ Pablo y LAMADRID Alfonso, *Manual de Derecho de la Competencia*, editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 150.

En el derecho comparado las definiciones legales son bastante estandarizadas, por ejemplo el decreto 2153 de Colombia señala que la posición de dominio es: “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.⁷⁰ Texto similar al establecido en el art. 7 de la LORMer.

Para determinar si una empresa ostenta una posición de dominio es indispensable analizar múltiples factores como: el mercado relevante, mercado geográfico, mercado de producto, inelasticidad o elasticidad de la demanda, barreras dentro de un mercado y la cuota del mercado que ostenta el agente, etc.

La posición de dominio puede ser disfrutada por dos o más empresas, conocida como Posición Dominante Colectiva (PDC), en el caso de que un agente de forma individual no disponga de tal ventaja y requiera de los recursos de otro para efectuarla.

En el caso *Laurent Piau*⁷¹, el Tribunal señaló que deben comprobarse tres elementos acumulativos para estar frente a una PDC: “En primer lugar, todos los miembros del oligopolio dominante deben poder conocer y controlar el comportamiento de los demás miembros para controlar si están adoptando o no la misma línea de acción; en segundo lugar, es necesario que la situación de coordinación pueda mantenerse en el tiempo, es decir, debe existir un incentivo para no apartarse de la línea de conducta común; en tercer lugar, la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no deben cuestionar los resultados esperados de la línea de acción común”.

Todo este análisis anteriormente expuesto, resulta obligatorio a la luz de la LORMer que en su art. 8 señala tres etapas para determinar el poder de mercado de un operador económico:

- 1.- definir el mercado relevante;⁷²
- 2.- participación (cuota) del agente dentro del mercado relevante previamente definido;
- 3.- análisis de los elementos que establezca la tenencia del poder.

⁷⁰ Decreto 2153 de 1992- Diario Oficial No. 40.704, del 31 de diciembre de 1992; Art.45.

⁷¹ STJUE, *Piau c. Comisión*, T-193/02, 26 de enero de 2005.

⁷² La Comisión Europea ha reiterado en diversos comunicados a sus países miembros lo siguiente: “[l]a definición de mercado de relevante tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica tiene una *influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia*”. Comunicado 9-XII-1997.

I.- Mercado Relevante

El mercado relevante llamado también mercado de referencia significa el marco dentro del cual se aplicaran las normas de competencia relativas a convenios y abusos de posición dominante.⁷³ Este mercado se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico.

Mercado de Producto son todos los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características que los incluyan en la oferta y demanda.⁷⁴ Si se analiza el comportamiento de un fabricante de autos, el mercado relevante será todos los medios de transporte que puedan sustituir al vehículo, como puede ser el adquirir una moto.

Por otra parte el mercado geográfico comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministros de los productos o prestaciones de los servicios de referencias, cuando las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas para distinguirse de otras zonas geográficas próximas.⁷⁵

Para delimitar tanto el mercado geográfico como la elasticidad, toma gran relevancia la prueba **SSNIP** (*Small but Significant non Transitory Increase In Price*, por sus siglas en inglés) llamada también el test del monopolista hipotético, por medio de este estudio se determina si los clientes estarían dispuesto a buscar productos sustitutos localizados en otro lugar (más lejano que el producto acostumbrado) frente a un incremento del 5% al 10% en el precio adquirido usualmente, esta prueba evalúa el razonamiento económico de los consumidores y señala por lo general a una ciudad como el margen de estudio.

Consideramos además pertinente analizar la dimensión temporal, siendo esta el periodo de tiempo en el que opera en el mercado dicho producto o servicio. Destacando que todos los mercados son dinámicos en mayor o menor medida y presentan fluctuaciones económicas únicas. Por su parte la Superintendencia toma en consideración la competencia potencial dentro de un mercado, entendida esta como la posibilidad de otras empresas nuevas o existentes de incorporarse ha dicho mercado.

⁷³ Cfr. SIGNES DE MESA Juan, FERNÁNDEZ Isabel y FUENTES Mónica, *Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2013, p. 87.

⁷⁴ Cfr. SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, CEP, Quito, 2012, p. 212.

⁷⁵ Id.

II.- Cuota del Mercado

La cuota del mercado representa uno de los elementos más difíciles de estudio, por tal razón diversos países han establecido presunciones de dominio en base a la cuota de participación; por ejemplo: Estados Unidos sitúa una cuota superior al 70%⁷⁶; la Unión Europea fija una participación del 70%; Brasil en cambio analiza a una empresa que supere el 20% de participación.⁷⁷ En nuestro país se podría deducir que una cuota mayor al 30% representaría un poder comercial.⁷⁸

En Europa el Tribunal de Justicia ha establecido que “cuotas muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante”.⁷⁹ La Comisión Europea por su parte tienen un criterio más flexible al señalar que cuanto mayor es la cuota de mercado y mayor el periodo de tiempo durante el cual se ostenta dicha cuota, más probable es que existen un indicio preliminar importante de existir una posición de dominio.

El establecer la cuota del mercado resulta trascendental en vista a regla de *minimis*, contemplada en el art. 13 de la LORMer, en la cual se fija que los operadores que presenten efectos económicos de escasa significancia no se les aplicaran la prohibición establecida para los acuerdos restrictivos. La disposición transitoria tercera del Reglamento de la LORMer determina que cuando son operadores económicos real o potencialmente competidores, la cuota no exceda de 10%; cuando son operadores económicos no competidores, ni reales ni potenciales, la cuota no exceda de 15%; y, cuando la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos, la cuota no exceda del 5% del mercado. En consecuencia existe un trato diferenciado a las empresas en base a sus efectos dentro del mercado.

⁷⁶ En los Estados Unidos el margen de cuota de mercado que configure un poder monopólico es un tema discutido hasta la actualidad, algunas cortes fijan márgenes de 50, 67 o 70%, resultando difícil fijar un margen para todos los mercados dado las diferencias entre cada uno. POSNER Richard, *Antitrust Law*, second edition, University of Chicago Press, Chicago, 2011, p.195.

⁷⁷ CORTÁZAR MORA Javier, *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)*, Bogotá, editorial Temis, 2003, p.97.

⁷⁸ La LORMer no señala de forma clara la cuota de mercado que ostente un agente para ser considerado como dominante. El art. 16 establece que una cuota superior al 30% deberá ser notificada a la Superintendencia de Control del Mercado.

⁷⁹ STJUE, *Hoffmann- La Roche & Co. AG c. Comisión*, 13 de Febrero de 1979.

III.- Barreras del mercado

En todos los mercados existen barreras que dificultan la realización de las operaciones, estas puede ser de dos tipos: naturales llamadas también de entrada⁸⁰ y las barreas estratégicas.

a) Barreras de entrada: Obstáculos o costos que una empresa tiene que afrontar para entrar en un nuevo sector productivo.⁸¹ Resulta totalmente distinto el iniciar un negocio de comida rápida que fabricar smartphones al requerir un conocimiento, personal e inversión totalmente diferentes. El grado de la barrera dependerá de estos factores: velocidad de entrada del competidor; capital de investigación y desarrollo; diferenciación del producto; economías de escala y costo de transporte y distribución.

b) Las barreras estratégicas son las conductas de las empresas que buscan impedir el acceso de un competidor valiéndose de su poder económico o legal. Este tipo de estrategias se hallan prohibidas ya que los agentes acuerdan fijar una determinada conducta empresarial para evitar competir en el futuro.

Mientras menores sean las barreras de un mercado, mayor será el nivel de competencia, resultando en un nivel de disputabilidad que beneficie al consumidor.

IV.- Índice de elasticidad - Sustituibilidad

La demanda de un bien es elástica cuando responde significativamente a las variaciones del precio; e inelástica cuando responde levemente a las variaciones del precio.⁸² La elasticidad mide la disposición de los compradores o de los vendedores para abandonar el mercado cuando la situación es desfavorable, frente a una demanda elástica existe una mayor posibilidad de que el producto o servicio tenga un sustituto por el cual el consumidor opte frente a un incremento del precio; al contrario una demanda inelástica implica que un bien no tenga sustitutos próximos.⁸³ Resultando evidente la existencia de ciertos bienes más esenciales que otros para el consumidor; un consumidor puede dejar de comprar joyas o botes de velocidad pero no dejar de comprar alimentos o medicinas.

⁸⁰ El término barrera de entrada resulta controvertida hasta la actualidad, mientras que algunos economistas piensa que todo obstáculo a la entrada inmediata en un mercado (inversión publicidad, personal, fabricación, etc) es una barrera; otros analistas, en especial de la escuela de Chicago señalan que solo las restricciones legales (patentes o derechos de exclusividad) son las verdaderas barreras.

⁸¹ SABINO Carlos, *Diccionario de Economía y Finanzas*, Panapo, Caracas, 1991, p.65.

⁸² Óp. Cit; MANKIW Gregory, *Principios de Economía*, pp. 65,66.

⁸³ *Ibíd*; pp. 93.

La Comunicación de 1997 de la U.E. indica que para definir un mercado se debe identificar las fuentes alternativas de suministro.⁸⁴ Las empresas se ven sometidas a dos tipos de sustituibilidad:

La sustituibilidad de la demanda determina el grado de influencia de una empresa sobre las condiciones de venta, en particular el precio, comprobando en definitiva si los clientes disponen de fuentes de suministro alternativas. La curva de la sustituibilidad de la demanda permite evaluar la facilidad con la que los clientes optan por los productos de la competencia.

La sustituibilidad de la oferta representa que un productor de un determinado bien o servicio pueda pasar a fabricar otros productos y comercializarlo en un corto plazo, sin incurrir en costos o riesgos significativos, en respuesta a un incremento. Esto a su vez implica que nuevos agentes ingresan al existir un mayor margen de ganancias.

Las agencias de competencia concluyen que habrá sustituibilidad si el cambiar de modelo productivo es fácil, rápido y factible.⁸⁵

V.- Cálculo del poder del Mercado

Para calcular el poder del mercado de un agente económico, alrededor del mundo varias agencias de competencia utilizan diversos índices para analizar el mercado, uno de los más utilizados es el índice de **Lerner**⁸⁶, que determina la capacidad de control sobre un mercado (o poder de mercado) de una empresa:

$$L = \frac{P_m - CM(Q_c)}{P_m} = \frac{-1}{E_{PD}}$$

La formula se descompone en los siguientes elementos: “L” es el índice de Lerner; “Pm” es el precio en donde el nivel de producción del operador económico es el máximo o precio monopolista; “Cm” es el costo marginal; “Qc” el nivel de producción competitivo; “Epd” es la elasticidad del precio de la demanda.

⁸⁴ Comunicado de la Comisión de 9 de diciembre de 1997 relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DO C 372.

⁸⁵ SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DEL MERCADO, *Guía técnica para el análisis de operaciones de concentración económica*, Quito, 2013, pp. 15, 16.

⁸⁶ Fórmula económica creada por el economista Abba Lerner en 1934.

Cuando el índice es cero ($L=0$), el mercado es perfectamente competitivo; si existe un índice mayor que puede ir hasta uno ($L=1$), significa un mayor poder del mercado del agente.

A este análisis se agrega un estudio sobre la concentración del mercado relevante; para su estimación diversas agencias de competencia⁸⁷ en el mundo, utilizan el índice **Herfindahl-Hirschman (HHI)** que mide la concentración de un determinado mercado:

$$H = \sum_{i=1}^n s_i^2$$

En primer lugar se debe calcular la participación porcentual que cada empresa ostenta dentro del mercado. El Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ por sus siglas en inglés) y la Comisión Federal de Comercio (FTC, siglas en inglés) señalan que los ingresos de la compañía son la mejor medida para evaluar la cuota porcentual del mercado, al demostrar la verdadera capacidad del agente para sortear los obstáculos y atraer a los clientes.⁸⁸

Las diferentes agencias internacionales considerarán preferentemente el valor monetario de las ventas totales dentro de un determinado mercado, al ser uno de los factores más confiables y de interpretación más directa, sin perjuicio de utilizar otros indicadores en términos de volumen, peso o cualquier otro tipo de unidades que pudieran ser más relevantes en un determinado asunto.

Para calcular la cuota, se denominará “ S_i ” a la participación del agente económico “ i ” en su respectivo mercado. El cálculo de la participación de mercado se calculará en términos porcentuales. Es decir si “ Q_i ” es el valor de sus ventas, y “ Q ” es el valor de ventas de todos los agentes económicos en el mercado que se calcula mediante la siguiente fórmula $\sum_{i=1}^n Q_i$, entonces $S_i = (Q_i/Q) \times 100$.⁸⁹

Una vez determinada la cuota de mercado, se procede con el cálculo del **HHI**: En donde n : es el número total de empresas; s_i : la participación porcentual de cada empresa dentro del mercado. El índice es calculado elevando al cuadrado la cuota de mercado de cada empresa que compite en el mercado y luego sumando los números resultantes. El HHI

⁸⁷ El DOJ y la FTC utilizan este método para evaluar las restricciones; de igual manera la Comisión Federal de Competencia de México y la Comisión Europea.

⁸⁸ DOJ and FTC, *Horizontal Mergers Guidelines*, August 19, 2010.

⁸⁹ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA MEXICANA, *Método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación*, Diario Oficial de la Federación, 24 Junio de 1998.

puede ir entre 10,000 hasta un número cercano al 0, existiendo diversos niveles de concentración: i) mercado desconcentrado, cuyo HHI es menor a 1500; ii) mercado moderadamente concentrado, con un índice que fluctúa entre 1500 a 2500; iii) mercado altamente concentrado donde el HHI es superior a 2500.⁹⁰

Para completar el análisis y tener parámetros más certeros sobre la situación del mercado y la posición de los diferentes agentes, se incorpora al estudio el **Índice de Dominancia (ID)** que evalúa la relación con las concentraciones de los demás agentes, es decir considera el tamaño relativo de las empresas unas con otras:

$$ID = \frac{\sum_i s_i^4}{IHH^2}$$

Dónde “Si” representa la cuota de mercado correspondiente a cada agente económico que será elevado a la cuarta potencia, en tanto IHH es el índice Herfindahl-Hirschman, elevado al cuadrado. Este índice también varía entre cero y diez mil, según corresponda a un mercado atomizado o monopolizado.

Con todos estos “datos técnicos” las agencias de competencia cuentan con un marco investigativo necesario para iniciar un procedimiento administrativo o un proceso judicial que sancione y corrija las distorsiones económicas.

2.1.2 Abuso de posición de dominio en el contrato de franquicia

Un mercado competitivo es aquel en que existen muchos compradores y muchos vendedores que intercambian bienes y/o servicios que presenten un alto grado de homogeneidad, por lo que cada uno de ellos ejerce una influencia insignificante en el precio del mercado.⁹¹ Este tipo de mercado aunque teórico es el buscado por los agentes reguladores, por beneficiar de forma significativa a los consumidores.

El mercado real en donde se desarrolla las transacciones económicas en la que nos hallamos inmersos, es el de competencia imperfecta en el cual se presentan las siguientes características:

- 1.- los vendedores pueden controlar en alguna medida el precio de sus productos;
- 2.- no existe homogeneidad del producto;

⁹⁰ DEPARTMENT OF JUSTICE, *Herfindahl–Hirschman Index*, Merger Enforcement Guidelines, 2008.

⁹¹ Óp. Cit; MANKIW Gregory, *Principios de Economía*, p.48.

- 3.- existe información incompleta en el mercado, en otras palabras los compradores no conocen las características de todos los productos; y
- 4.- patrón de precios altos y niveles de producción bajos.⁹²

En este tipo de mercado es donde las diversas agencias realizan su labor de control y observan las diversas conductas que puedan afectar a los consumidores.

En el Derecho de la Competencia el ostentar una posición de dominio dentro de un mercado no constituye una infracción ni puede ser sujeto a sanción, lo que se encuentra prohibido es el abusar de esa posición de dominio para obtener beneficios económicos, resultando en un alto coste social al perjudicar al consumidor en su bolsillo.

La doctrina ha definido al abuso de posición dominante como la “conducta de una empresa en posición dominante que llega a influir la estructura del mercado cuando, como resultado de su propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita... teniendo el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente...”.⁹³

En el asunto *Hoffmann- La Roche*, el Tribunal de Justicia definió al abuso en los siguientes términos:

“actividades de una empresa en posición dominante que puede **influir en la estructura de un mercado** en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada y que produce el efecto de **obstaculizar** por diferentes medios de los que rigen una **competencia normal de productos o servicios** con arreglo a las prestaciones de los agentes económico...”.⁹⁴
(La negrilla es propia)

La LORMer en el art. 9 establece que existe abuso cuando uno o varios de los operadores económicos, sobre la base de su poder económico, por cualquier medio, impidan o restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, afectando negativamente la eficiencia económica lo cual implica un perjuicio al bienestar general de los consumidores. Toda pretensión relativa a la falta de intención o conocimiento sobre el resultado de la conducta carece de pertinencia.

El presente artículo contiene además una larga lista de actuaciones que constituyen abuso del mercado, con el fin de abarcar todas las posibilidades, constituyéndose en una

⁹² Cfr. SIGNES DE MESA Juan, FERNÁNDEZ Isabel y FUENTES Mónica, *Derecho de la Competencia*, pp. 64, 65.

⁹³ Cfr. SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, p.223.

⁹⁴ STJUE, *Hoffmann- La Roche c. Comisión*, 13 de Febrero de 1979, asunto 85/76.

cláusula general prohibitiva dentro de otra cláusula general⁹⁵, siendo inapropiado el querer abarcar todas las conductas que puedan afectar al mercado de forma taxativa, al ser estas tantas como los agentes que actúan.

El derecho de la competencia europeo, tiene como principal cuerpo normativo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁹⁶, que en su art. 102 párrafo segundo, contempla de mejor forma las conductas prohibidas:

“(…) Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

Consideramos que el texto europeo presenta una mejor técnica legislativa al no tratar de agotar todos los supuestos que puedan afectar al mercado, permitiendo tanto a la comisión como a los órganos judiciales determinar el alcance de las conductas prohibidas para los agentes.

Las autoridades de competencia analizan de forma detallada cada conducta y no la prohíben de forma absoluta, ya que estas conductas pueden generar eficiencia de dos tipos: eficiencia estática capaces de crear efectos positivos en el mercado a corto plazo, como el mejorar las condiciones de fabricación o distribución; y, la eficiencia dinámica que produce beneficios a largo plazo, como puede ser el desarrollo de un nuevo producto o servicio.

2.1.3 Sistemas de Interpretación: Ilegalidad per se y Regla de la Razón

En el Derecho de la Competencia a nivel internacional existen dos sistemas para evaluar si una conducta se constituye como ilícita o atentatoria al mercado, la jurisprudencia estadounidense toma especial relevancia en este punto al crear y limitar el alcance de estos dos sistemas, acogidos posteriormente por diversas legislaciones alrededor del mundo, especialmente la europea.

⁹⁵ Óp. Cit; Cfr. SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, p.228.

⁹⁶ Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

a) Ilegalidad per se

La regla de “*ilegalidad per se*”, se la encuentra en varias legislación del mundo⁹⁷, es el tipo de análisis más estricto que puede aplicar una Corte para juzgar la conducta de un agente económico y equivale a una “Presunción de Derecho”.

La teoría de la *ilicitud per se*, tiene su origen en Estados Unidos, en el caso de *Socony-Vacuum Oil Co*⁹⁸, en donde se utilizó por primera vez esta expresión: “Bajo la Ley Sherman una combinación formada con el propósito y con el efecto de elevar, deprimir, fijar, atar o estabilizar el precio de una mercancía de comercio interestatal es ilegal per se”. (El subrayado es propio)

Este estándar nace en razón de que ciertas prácticas llamadas restricciones graves o *hard core restraints*, caracterizado por su alta probabilidad de perjudicar la competencia existente y la improbabilidad de las virtudes competitivas de compensación adecuadas. Para que una conducta se considerada como ilegítima *per se* requiere generalmente: (i) la identificación del probable efecto contrario a la competencia, (ii) la determinación sobre el potencial beneficio de la competencia, y, si es así, (iii) determinar la conexión entre el comportamiento sospechoso y cualquier beneficio es lo suficientemente cercano o necesario para evaluarlo en base a la regla de la razón.⁹⁹ En consecuencia el estándar moderno evidencia una clara inclinación por la regla de la razón aún en las legislaciones que contempla la *ilicitud per se*.

A nivel europeo las siguientes restricciones se consideran como restricciones graves: precio de reventa, restricciones territoriales y de clientes; mantenimiento de restricciones a la venta a usuarios finales, sistema de distribución exclusiva; restricciones sobre los suministros cruzados dentro de un sistema de distribución selectiva, y las restricciones a proveedores de componentes para vender los componentes que producen los talleres de reparación independientes o proveedores de servicios.¹⁰⁰ En la mayoría de legislaciones los acuerdos de carteles son clasificados como atentatorios al mercado y no se analizan por ningún concepto las circunstancias del caso.¹⁰¹

⁹⁷ La prohibición *per se* está contempla en: México en el art. 8 de la Ley Federal de Competencia Económica; Colombia en el art. 46 del Decreto 2.153 de 1992; Reino Unido en la Ley de Precios de Reventa de 1976 que prohíbe toda fijación de precios mínimos para la reventa, etc. La mayoría de legislaciones contempla por lo menos un cuerpo de ley que prohíba de forma estricta ciertas prácticas, por lo general los acuerdos de cartel.

⁹⁸ *United States v. Socony Vacuum Oil Co*, 310 U.S.150, 60 S. Ct 811, 84 L Ed. 1129, 1940.

⁹⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION, *Determining what is per se unlawful*, <http://www.ftc.gov/opp/jointvent/2Persepap.shtm>, Acceso: 04/07/2013, 13:25.

¹⁰⁰ COMISIÓN EUROPEA DE JUSTICIA, Comunicado de 22 de diciembre de 2001.

¹⁰¹ Este criterio fue adoptado por la Superintendencia de Industrias y Comercio de Colombia en el caso: Incauca y otros en la resolución: SIC núm.6839 de 2009.

Una vez que la Corte ha determinado que la “ilicitud *per se*” es aplicable al caso, la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en la conducta que se le imputa. En teoría los tribunales estadounidenses en base al principio de *stare decisis* deberán observar si el caso se ajusta a lo resuelto por anteriores tribunales, en consecuencia la corte no aceptara los argumentos del acusado tendientes a demostrar que los precios son razonables, que las partes no tienen suficiente poder dentro del mercado relevante, que no se afectó a la competencia o incluso que benefició a los consumidores. Sin embargo los tribunales jamás han interpretado de forma absoluta este estándar, observando al pie de la letra la normativa, sino que argumentan sus fallos en base a las condiciones del mercado y la conducta de la empresa, un claro ejemplo de esto fue el caso *Standard Oil*¹⁰², en donde la corte interpreto que la Ley Sherman¹⁰³ prohíbe solo aquellas limitaciones al comercio que restrinjan o limiten de forma irrazonable la competencia. Evidenciando una aplicación parcial de esta regla.

Por lo general las Cortes analizan si la conducta incide directamente en la determinación de los precios y si esta acción fue objeto de un acuerdo entre las partes, entonces ningún análisis adicional es necesario.¹⁰⁴

b) Regla de la razón o Rule of reason

Frente a los múltiples problemas que suscito la aplicación de la regla de *ilicitud per se*, la Corte Suprema de los Estados Unidos (Corte Suprema) crea la regla de la razón o *rule of reason*, orientado el análisis a los resultados sobre el mercado que la conducta investigada produce, es decir que determina cuales son los efectos económicos sobre el bienestar general de los consumidores para proceder a la aplicación de una sanción, dejando a las empresas con la posibilidad de demostrar que el caso en concreto no genera daños a la competencia o produce efectos pro competitivos. Esta teoría considera que cada sector del mercado es único y no existe un criterio único para evaluar los límites en los cuales deben actuar sus agentes.

El juez Brandeis en uno de los primeros fallos que tratan sobre el tema presenta una interesante argumento: “la legalidad de un acuerdo o regulación no puede ser

¹⁰² *Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1911. Es considerado como el caso más emblemático del Derecho de la Competencia Estadounidense (Antitrust Law), al desintegrar a la compañía encargada de extraer, refinar, transportar y distribuir cerca del 90% del petróleo en los Estados Unidos, su propietario fue John D. Rockefeller, considerado hasta la actualidad como el hombre más rico de la historia moderna. Véase: POSNER Richard, *Antitrust Law*.

¹⁰³ La *Sherman Antitrust Act* fue creada en 1890 y se constituye como el primer cuerpo normativo en materia de competencia dentro de los Estados Unidos.

¹⁰⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*, Tomo I, editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005, p.410.

determinado por una regla tan simple como si impide la competencia...el tribunal debe considerar los hechos peculiares al negocio que se trate, sus condiciones antes y después de haber sido impuesta la restricción; la naturaleza de ésta y sus efectos, actuales o potenciales”. Este criterio ha sido acogido por los principales defensores de esta teoría ya que un análisis del mercado resulta sumamente complejo y no resulta razonable ni admisible la aplicación de una regla que perjudique al consumidor.

En 1963 la Corte Suprema, crea la regla de la razón en el caso de *White Motor Co.*¹⁰⁵, en el cual la división *Antitrust* del DOJ demandó el sistema de distribución implementado por la compañía, que era un fabricante de camiones que establecía exclusividades territoriales para sus distribuidores y se reservaba algunos clientes, los cuales solamente podían ser atendidos directamente por él.¹⁰⁶

En las cortes de circuito el caso *White Motor*, termino a favor del gobierno, pero cuando entro a consideración de la Corte Suprema, está observo que los acuerdos de división vertical del mercado no podían ser considerados bajo la regla de *ilegal per se*, ya que se conocía muy poco acerca de las consecuencias económicas de tal práctica comercial. El juez Douglas, quien era el ponente de la decisión, sugirió que las limitaciones territoriales podrían ser “protecciones permisibles contra competidores agresivos, o la única forma en que una firma pequeña podría ingresar o permanecer en un mercado”. Esta decisión fue objeto de polémica pero permitió a sus predecesores iniciar una línea jurisprudencial con la cual analizar este tipo de conductas, creando otra vía de solución.

No fue hasta caso *Continental T.V. Inc v GTE Sylvania Inc*¹⁰⁷ que la regla de la razón tomo fuerza y estableció argumentos sólidos para posteriores decisiones jurisprudenciales. La Corte determinó que un verdadero análisis deben contener los siguientes aspectos esenciales: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia. Implicando que los jueces fallen en consideración a evidencias incontrovertibles que demuestren que una conducta afecte económicamente a un sector del mercado.

El establecer si una práctica es o no restrictiva bajo la regla de la razón resulta un proceso complejo, se deben analizar múltiples variables como su efecto en el mercado, el tamaño de la empresa, su posición dominante y el grado de afectación para los

¹⁰⁵ *White Motor Co. vs. United States* 373 U.S., en BORK H. Robert, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, The Free Press, 1993, p. 282.

¹⁰⁶ Cfr. MIRANDA LONDOÑO Alfonso, *Los acuerdos anticompetitivos de repartición del mercado*, Ponencia expuesta en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho, 1998, pp.7-9.

¹⁰⁷ *Continental T.V. Inc v GTE Sylvania Inc*, 433 U.S. 36, 1977.

consumidores; es justamente este sofisticado grado de análisis económico el verdadero legado del caso Sylvania.

En nuestro país la LORMer señala cual será el criterio de aplicación por parte de la Superintendencia:

“Art.3.- Para la aplicación de esta ley la autoridad administrativa determinara la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”.
(*Subrayado es propio*)

Nuestra legislación recoge la teoría de los efectos¹⁰⁸ para la aplicación de las normas de competencia, esta teoría indica a las entidades de competencia que para iniciar un procedimiento tanto investigativo como sancionatorio, se debe observar los efectos reales o potenciales que puedan producir la conducta de las empresas sin importar el lugar donde estas se desarrollen.

La ley es bastante clara al establecer la aplicación de la regla de la razón en el análisis de las conductas de los operadores económicos. Se considera que esta regla es la más efectiva a la hora de analizar y sancionar conductas que afecten al mercado, ya que pueden existir actuaciones que a simple vista producen pérdidas de eficiencia, pero esto se debe a circunstancias validas como la implantación de nueva tecnología, nuevos procesos de producción o simplemente un mejor manejo empresarial, circunstancias que no deben ser castigadas por el Estado.

2.2 Acuerdos horizontales en el contrato de franquicia

2.2.1 Concepto y Características

Los convenios horizontales son aquellos celebrados entre empresas dedicadas a las mismas actividades productivas o distributivas, es decir convenios entre empresas que trabajan en un mismo nivel productivo y en un mismo mercado relevante, hallándose por tanto en posición de competir entre ellas.¹⁰⁹

¹⁰⁸ LORMer, Art.2.

¹⁰⁹ MOSTAJO Jorge Omar, *Prácticas Anticompetitivas y Derecho de la Competencia en Bolivia*, Boletín Latinoamericano de Competencia, Unión Europea, No. 32, junio 2012; pp. 5-9.

Los acuerdos horizontales tienden a ser más restrictivos de la competencia que los verticales, de allí que a los primeros les sea más frecuente aplicar la regla *per se* y a los segundos la regla de la razón.

La experiencia de las agencias internacionales de competencia demuestra que este tipo de acuerdos puede resultar beneficioso por lo que no puede limitarse a prohibirlos radicalmente sin ponderar los beneficiosos que de ellos derivan.¹¹⁰

2.2.2 Acuerdos de Cartel

Los acuerdos de cartel son una de las conductas prototipo del Derecho de la Competencia, se lo define como un grupo de empresas, independientes que se unen para distorsionar la competencia existente entre ellos al tomar decisiones colectivas que permitan obtener mejores réditos, en disminución de los beneficios del consumidor.¹¹¹

Las empresas que actúan como un cartel lo hacen con el fin de pactar precios, definir cuotas de producción o repartirse mercados, etc. El cartel tiene como finalidad la eliminación de la presión ejercida por las empresas competidoras; frente a la inexistencia del cartel, las empresas se ven forzadas a mantener precios bajos e innovar en sus productos, métodos de producción y mejorar la calidad de sus productos, es decir luchar por mantenerse en el mercado. El cartel permite mantener precios más altos y fijos, menor variedad y menor calidad de bienes y servicios, lo cual repercute en los consumidores.¹¹²

El efecto del cartel no es integrar a las empresas en pro de mejorar su nivel competitivo, sino al contrario permite el estancamiento de innovaciones al obtener más dinero por el precio concertado que fijan, que al competir entre ellos.¹¹³ Por esta razón las autoridades establecen grandes sanciones monetarias a las compañías involucradas.

Por su parte la Corte Suprema ha determinado a los acuerdos de cartel como ilegales *per se*, con un menor grado de análisis que respecto de otras conductas. Este fue el criterio

¹¹⁰ Óp. Cit; SIGNES DE MESA Juan, FERNÁNDEZ Isabel y FUENTES Mónica, *Derecho de la Competencia*, p.150.

¹¹¹ EUROPEAN COMMISSION, *Cartels- Overview*, <http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/>, Acceso: 05/07/2013; 20:38.

¹¹² SIC, *Prácticas restrictivas de la competencia*, <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas>, Acceso: 07/04/2013, 15:56.

¹¹³ Óp. Cit; SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, p. 314.

de la Corte en el caso *Socony Vacuum*, puesto que estas prácticas siempre conllevan un acuerdo entre las partes para causar daño al mercado y no cabe mayores justificativos.

En el famoso caso *United States v. American Airlines*¹¹⁴, Robert Crandall presidente de American Airlines realizó una llamada telefónica a su competidor directo Braniff Airways dirigida por Howard Putnam con el fin de terminar la competencia existente entre los dos. Este fue el resultado de la llamada:

-Crandall: Me parece una solemne estupidez que nos dediquemos a aplastarnos @#\$\$ y ninguno de los dos ganemos ni un @#\$\$ centavo.

-Putnam: ¿Tienes alguna sugerencia?

-Crandall: Sí. Tengo una. Sube un 20 por ciento tus @#\$\$ tarifas. Yo subiré las mías a la mañana siguiente.

-Putnam: Robert, que...

-Crandall: Tú ganarás dinero, y yo también.

-Putnam: ¡Que no podemos hablar de precios!

-Crandall: ¡Oh @#\$\$ Howard! Podemos hablar de cualquier @#\$\$ cosa que queramos.¹¹⁵

Si bien este es un claro caso de formación de un cartel, las autoridades estadounidenses observaron que la sección primera de la *Sherman Act* no podía ser aplicada en razón de no existir un hecho ilícito consumado. Sin embargo la Corte observó que el permitir estos (pre) acuerdos constituye un fuerte incentivo para la formación de carteles, por lo tanto se debe sancionar tanto la intención de crear carteles como la existencia de los mismos.¹¹⁶

Para fortuna de las autoridades de competencia, los carteles no duran en el tiempo, las propias características del mercado y de los agentes económicos se vuelven contra ellos y ponen fin a cualquier acuerdo. Estos son los problemas más comunes:

- a) un elevado precio con grandes réditos para los agentes involucrados puede causar la entrada de nuevos competidores, al ser un mercado rentable;
- b) incentivos económicos para traicionar al cartel.

En un mercado oligopolista donde se producen los carteles la situación de los miembros mejoraría si cooperaran, pero al buscar cada uno su propio beneficio, incumplen lo

¹¹⁴ *American Airlines*, 743 F.2d at 1122.

¹¹⁵ Op. Cit; MANKIW Gregory, *Principios de Economía*, Thompson, Madrid, 2007, p. 248.

¹¹⁶ AREEDA Phillip, *Monopolization, Mergers and Markets: A Century Past and the Future*, California Law Review, Vol. 75, No.3; 1987, pp. 974-976.

pactado y no logran alcanzar un resultado monopolista y maximizar así sus beneficios conjuntos.

Los miembros del cartel anhelan alcanzar un equilibrio de Nash¹¹⁷ que es una situación en la que los agentes económicos que interactúan eligen cada uno su mejor estrategia dada la estrategia del resto. El llegar a un acuerdo y cumplirlo se torna más difícil conforme incrementa el número de agentes, al aumentar las variables dentro de la “ecuación”.

Los carteles resultan elementos sumamente nocivos para cualquier mercado al poder adoptar una o múltiples de las conductas descritas a continuación:

2.2.3 Acuerdo de precios

Los acuerdos sobre precios se consideran una conducta de explotación abusiva, ya que afectan de forma clara el bolsillo de los consumidores al imponer precios de compra o venta no equitativos. Para el Tribunal de Justicia Europeo existe un principio para esta conducta: “el hecho de exigir un precio excesivo, sin relación razonable con el valor económico de prestación realizada” constituye un abuso.¹¹⁸

Para que un precio sea considerado razonable se debe evaluar de forma objetiva el precio de venta y costos de fabricación, con la finalidad de establecer el margen de beneficio, y en caso de que dicho margen no sea equitativo se observara los productos del resto de consumidores.¹¹⁹ Consideramos además que un factor determinante es el comportamiento de la empresa como el historial de precios y clientes, con estos datos se pueden plantear la existencia de abuso en el mercado.

Como ejemplo de lo expuesto podríamos tener a un conjunto de franquicias que acuerdan entre sí los precios de sus productos al tener una cuota considerable del mercado, este tipo de conducta se encuentra prohibida al restringir la libertad de los agentes para establecer los precios, sin más limitantes que las de la oferta y demanda.

¹¹⁷ En la teoría de los juegos, es un “concepto de solución” para situaciones con dos o más jugadores. Fue creado por John Forbes Nash, ganador del premio Nobel de economía en 1994.

¹¹⁸ STJUE, *United Brands y United Brands Continental v. Commision*, 14 de febrero de 1978, asunto 26/76, Rec. 1978, p. 207.

¹¹⁹ Op. Cit; SIGNES DE MESA Juan, FERNÁNDEZ Isabel y FUENTES Mónica, *Derecho de la Competencia*, p.250.

Otra modalidad de esta conducta es la prestación de condiciones no equitativas relativas a precios. El caso *Tetra Pak II*¹²⁰ es claro al respecto, ya que una empresa dominante exigía por el arrendamiento de sus equipos de envasado, condiciones cuya cuantificación equivalía a su precio de venta, sin embargo solo disfrutaba de una situación legal de un arrendatario.

Dentro de la legislación *Antitrust* estadounidense se entiende este tipo de prácticas como uno de los tipos más nocivos, por lo cual si existe una conducta concertada entre varios agentes económicos (en un mismo nivel de producción) que incida sobre la determinación de los precios, esta práctica es ilícita *per se*.¹²¹ Como señalamos anteriormente este estándar no es aplicado de forma absoluta y siempre debe existir un análisis global del mercado, considerando que la ilicitud resultará de los fines económicos (políticas de precios o el entender hacia dónde va dirigida la conducta de la empresa) de los agentes y no de la fijación de precios.

Los acuerdos sobre precios representan un desafío no solo para las autoridades de competencia sino para sus propios miembros, por lo general este tipo de acuerdos no alcanzan una duración a largo plazo, por las mismas razones que impiden la prolongación del cartel.

Este tipo de acuerdos pueden tomar distintas formas que directa o indirectamente supriman la competencia de precios, por ejemplo:

- Descuentos;
- Tasas adicionales
- Marcar precios diferentes a los publicados; y,
- Fijación de una estructura tarifaria común.

2.2.4. Alteración injustificada de niveles de producción y tecnología

Se trata de acuerdos entre fabricantes competidores, sean reales o potenciales, para especializarse en los niveles de producción. Esto significa que las partes pueden establecer directamente los niveles y la calidad de la producción u otros parámetros importantes dentro del sector conforme su conveniencia. Resulta obvio que al limitar la producción se crea escasez lo que implica un incremento en los precios.

¹²⁰ COMISIÓN EUROPEA, Decisión de 24 de julio de 1991, IV/31. 043- Tetra Pak.

¹²¹ Óp. Cit; CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*, p. 410.

Una conducta derivada de este tipo es el alteración irracional del factor tecnológico¹²², sea restringiéndolo su desarrollo o impidiendo su acceso a la competencia. Una compañía que lidera en el mercado puede dejar de invertir en mejorar sus equipos que representaría fabricar a un menor coste un producto, este tipo de decisiones por lo general son forzadas por el propio mercado, pero al no haber una competencia relevante, el consumidor se ve afectado por los índices de facturación de las compañías. Resultando en lo que se conoce como pérdida de eficiencia dinámica al reducir tasa de innovación, de cambio tecnológico y diseminación de nuevas tecnologías.¹²³

Que una compañía cuente con tecnología de punta presenta una ventaja considerable frente a sus competidores, forzándolos a innovar o desaparecer pero el formar acuerdos entre compañías sobre investigación y desarrollo (I+D), representa una ventaja sustancial sobre los competidores que han quedado excluidas del programa, generando un oligopolio tecnológico que puede fijar los precios y el desarrollo a su conveniencia, un claro ejemplo sería mantener un sistema operativo sin mejorarlo durante meses o años.

En el caso *Hoffman- La Roche* se consideró como un factor determinante el ostentar el liderazgo tecnológico, para evaluar si una compañía tiene posición de dominio: “una firma con grandes ventajas tecnológicas puede disminuir sus costos significativamente de modo que le da poder para controlar el precio”.¹²⁴

Este tipo de conducta presenta problemas a la hora de evaluarlos ya que existe la posibilidad de producir beneficios a los consumidores¹²⁵ en forma de precios menores o mejor calidad o variedad de productos. Las autoridades no pueden impedir un elemento esencial en todo mercado como es el unir esfuerzos para innovar, incentivando de esta forma la entrada de agentes.

2.2.5 Repartición de mercados¹²⁶

La repartición o asignación de mercado son situaciones en las que los competidores acuerdan no competir en los mercados asignados entre ellos, esto lo logran mediante la fragmentación de áreas geográficas, tipos de productos o tipos de clientes.¹²⁷

¹²² LORMer, Art. 11 #5.

¹²³ Cfr. SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DEL MERCADO, *Guía técnica para el análisis de operaciones de concentración económica*, p.27.

¹²⁴ Cfr. BELLAMY Christopher y CHILD Graham, *European Community Law of competition*, Cambridge, 1992, p. 552.

¹²⁵ Véase caso *Henkel v. Colgate*, Diario Oficial 1972, L.14/14.

¹²⁶ Diversos autores determinan a este acuerdo como una forma de fijación de precios, pero la doctrina y la jurisprudencia lo diferencian de la fijación de precios, por tal motivo su estudio como otra conducta.

La ilicitud existe cuando se divide un mercado con un competidor potencial, que acuerda no ingresar en un sector del mercado. Con esta maniobra se pierde competencia efectiva, al no existir presión por el potencial ingreso de competidores.¹²⁸

Imaginemos que dos franquicias A y B dominan el mercado de alimentos en el país y acuerdan una repartición geográfica del mercado, por lo que A sólo venderá a los minoristas al este de Guayaquil y B sólo a los minoristas del oeste de Guayaquil, este acuerdo crea un monopolio para los mismos agentes, una violación del art. 11 # 3 de la LORMer. Mediante este simple mecanismo un agente establece los parámetros del mercado y en el caso de que los consumidores no están de acuerdo en cuanto al precio o calidad deberán buscar el producto en otro lugar.

Para las autoridades de competencia esta práctica es catalogada como altamente nociva. La Corte Suprema denomina a esta conducta como *hard core cartels*, reiterando la existencia de una prohibición *per se*. La visión europea es aún más estricta, al considerar como una práctica enormemente perjudicial para los consumidores, al perder la posibilidad de elección y sobre todo considerando lo relativamente sencillo de llevarlo a cabo.

El pensamiento del Tribunal europeo sigue la misma línea al mencionar: “Además de la grave alteración al juego de la competencia que suponen, estas prácticas colusorias, al obligar a las partes a respetar mercados distintos, a menudo delimitados por las fronteras nacionales provocan aislamiento de mercados... se trata en definitiva de prácticas horizontales particularmente graves”.¹²⁹

Las autoridades de competencia europea reflejan que el TFUE, vela por el proceso de integración (cuya finalidad es la constitución de un mercado único) y observa la repartición de mercados como un claro acto que perjudicaría dicho proceso.

2.2.6 Intercambio de información

En el intercambio de información empresarial dos o más compañías se transfieren información sustancial, entendida esta como la información más relevante y privada de la

¹²⁷ HYLTON, Keith, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge Univ. Press, New York, 2003, pp. 26-38.

¹²⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*, p. 541.

¹²⁹ STJUE, *Scandinavian Airlines Systems v. Commision*, ECR II-2917, 2005.

empresa, con el fin de modificar su conducta en base a los datos de sus “competidores”, tomando una decisión en conjunto que muchas veces perjudica al mercado.¹³⁰

En las diversas legislaciones europeas se presentan los siguientes elementos para que la información empresarial sea clasificada como sustancial:

- (i) información técnica o comercial, así como sus procesos sean relacionados con los negocios de la compañía;
- (ii) información importante para la posición competitiva de la empresa (presenta un valor económico y comercial);
- (iii) sólo conoce un círculo determinado y limitado de personas (en secreto), y
- (iv) se mantendrá en confidencialidad.¹³¹

Las características de la información son esenciales a la hora de determinar que situaciones constituyen abuso, al ser normal que las compañías compartan información de forma permanente. La sentencia *Asnef- Equifax* nos otorga ciertos elementos para delimitar de mejor forma este tema:

“... en función sobre todo del tipo de información que las empresas conozcan la posición y la estrategia comercial de sus competidores en el mercado, falseando así la rivalidad dentro de ese mercado e incrementando la probabilidad de una colusión o incluso facilitándola”.¹³²

Por su parte el Tribunal de Justicia europeo en los fallos *John Deere* y *Thyssen Stahl*, señala de forma general que tipo de información se debe entender como relevante:

“... tales acuerdos son contrarios a las normas sobre competencia en la medida que debilitan o **suprimen el grado de incertidumbre** sobre el funcionamiento del mercado, con la consecuencia de que restringen la competencia entre empresas”.¹³³

(Negrilla es propia)

Ortiz Blanco señala que la información sustancial es la que determina directamente la capacidad competitiva de una empresa en el mercado, tales como precios, volúmenes de venta, lanzamiento de nuevos productos o estrategias de inversión, resultara en una violación de las normas de competencia al eliminar la independencia con la que deben

¹³⁰ El equilibrio de Nash es perfectamente aplicado a la hora de analizar esta conducta.

¹³¹ Cfr. Comisión Europea, *Enforcement - Information Exchange*, http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/20130711/appendix_1_ip_and_commercial_law_-_country_reports.pdf.

¹³² *Asnef- Equifax v. Ausbanc*, asunto C-238/05, 2006.

¹³³ *John Deere v. Commission*, asunto C.7/95 y C-8/95; *Thyssen Stahl v. Commission*, C-194/99.

actuar las empresas.¹³⁴ Lo que temen las autoridades de competencias es que mediante estos acuerdos se facilite la colusión para disipar de forma significativa la incertidumbre que acompaña a toda actividad económica.

Las franquicias en muy raras ocasiones otorgan sus secretos comerciales con el fin de cooperar, ya que es justamente esa información representa su activo más importante y al momento de entregarlo perderían la ventaja comercial (competitiva) obtenida durante décadas. Una conducta más factible es intercambiar información sobre el monto de ventas, número de clientes o incluso limitar la producción, haciendo aún más compleja la conducta.

El intercambio de información no es malo, lo objetable es que las compañías usen tales datos para coordinar su conducta y afectar así a los consumidores.

2.3 Acuerdos Verticales en el contrato de franquicia

2.3.1 Concepto y características

Los convenios verticales “son los celebrados entre empresas que operen en distintos niveles o fases del proceso productivo desde la fabricación de la materia prima, elaboración, distribución y comercialización”.¹³⁵

Las empresas que forman parte de este tipo de convenios no están en posición de competir entre ellas y por tanto el acuerdo no puede restringir la competencia entre tales empresas, pero si en un determinado estado de la producción u órbita de las relaciones de mercado.

El caso *Sylvania* dejó múltiples lecciones, la más importante fue el realizar un análisis tanto legal como económico de los efectos positivos y negativos de una conducta sobre el mercado, esto dio paso a vislumbrar a los acuerdos verticales como beneficiosos para los consumidores en ciertos casos.

En este tipo de acuerdos en principio existe una relación inversamente proporcional con la competencia horizontal, mientras más competidores horizontales existan, menores serán las posibilidades de que los acuerdos verticales sean anticompetitivos y viceversa.

¹³⁴ ORTIZ BLANCO Luis y DE LA MULA Reyes Martín, *Derecho de la Competencia europeo y español*, editorial Dykinson, Madrid, 2008, pp. 385, 386.

¹³⁵ *Ibíd*; CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*, p.258.

La escuela de Chicago cuyos principales exponentes son Robert Bork y Richard Posner, ha sido la encargada de aportar nuevas perspectivas sobre la eficiencia producida por los acuerdos verticales en el mercado, al producir ciertas eficiencias, por ejemplo: a) la reducción de costos de transacción con la eliminación de negociaciones o ejecución de los contratos al reducirse el riesgo de la asociación comercial; b) coordinación en la mejora de diseños, productos y distribución; c) eliminación de costos por medio de la internalización de decisiones sobre los precios, etc.¹³⁶

Por tales razones ya en 1978, el autor Robert Bork mencionaba: “la comprensión histórica de los acuerdos verticales estaba equivocada, al poder crear eficiencias sin perjudicar a la competencia”.¹³⁷ Llevando a reevaluar completamente el sistema y jurisprudencia de competencia.

Todo esto nos lleva a concluir que estos acuerdos deben ser analizados caso por caso (aplicando la regla de la razón) y sus efectos corroborados mediante datos estadísticos y económicos para poder llegar a una decisión acertada.

2.3.2 Denegación de venta

La negativa a comerciar resulta cuando una empresa con poder de mercado se niega injustificadamente a hacer negocios con otras empresas, con el objetivo de alcanzar un resultado comercial, por ejemplo dejar de proveer a un cliente para castigarle por tratar con la competencia o negarse a proveer a los compradores que se nieguen a llegar a acuerdos de exclusividad, en definitiva todos estos actos se hallan orientados a fortalecer o mantener el poder de mercado¹³⁸, esta conducta se halla catalogada como exclusoria¹³⁹ por sus efectos. La denegación se relaciona en gran medida con otras restricciones de la competencia.

La negativa a contratar por parte de una empresa forma parte de su autonomía y sobretodo un derecho constitucional que garantiza la libre contratación¹⁴⁰, pero esta situación cambia cuando una empresa cuenta con una posición de dominio, ya que al ser

¹³⁶ Cfr. MORSE Howard, *Vertical Mergers: Recent Learning*, The Business Lawyer, Vol.53, No.4, August 1998, pp.1223, 1224.

¹³⁷ Op. Cit; BORK Robert, *The antitrust paradox: a policy at war with himself*, p.237.

¹³⁸ FTC, Guide to the antitrust laws- Exclusionary of predatory acts: Refusal to deal, http://www.ftc.gov/bc/antitrust/refusal_to_deal.shtm, Acceso: 06/07/2013, 23:03.

¹³⁹ Posner señala que en este tipo de conductas un agente con poder de mercado (agente monopolista) no realizara esta práctica a menos que su poder sea frágil y sea vulnerable frente a la entrada de competidores. POSNER Richard, *Antitrust Law*, p. 252.

¹⁴⁰ Constitución del Ecuador, Art.66 numerales 13 y 17.

la única compradora o vendedora tiene la fuerza económica suficiente para imponer las condiciones en dicho mercado.

Esto toma especial relevancia cuando una empresa tiene el control de un producto o servicio imprescindible (*essential facilities*) para otra empresa, restándole de este modo competitividad, por lo que se debe permitir el acceso al producto o servicio en condiciones equitativas.¹⁴¹

La Comunicación de 2008 de la Comisión Europea señala las circunstancias acumulativas que deben existir para que se configure la denegación de suministro:

- a) la denegación recaiga sobre un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente (mercado en el cual el insumo denegado es necesario para producir un determinado producto);
- b) se da lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado, sea de forma inmediata o a mediano plazo;
- c) la denegación resulte en un perjuicio a los consumidores. Los competidores exclusivos se ven impedidos de lanzar nuevos bienes y servicios, reduciendo el precio en el proceso.¹⁴²

La negativa no debe ser necesariamente abierta o clara (escrita), al existir denegaciones más sofisticadas como el no contestar, interrumpir el suministro anterior (denegaciones de suministro de *nuovo*), dar excusas sobre la imposibilidad o el estado financiero de la empresa. La no satisfacción o la demora sistemática (llamada denegación constructiva) es el tipo más usado. Las autoridades de competencia deben analizar específicamente las razones que llevan a una compañía a no negociar.

Un caso fundamental en la jurisprudencia estadounidense es *Fashion Originators Guild of América*¹⁴³, en el cual una asociación de empresas de diseño y fabricación de ropa femenina decidieron que no operarían con los comerciantes que vendieran ropa cuyos diseños sean copiados de los miembros de su asociación. La Corte Suprema observó que la asociación tenía el 60% del mercado y sobre todo que los minoristas debían cumplir con un programa impuesto por la asociación para hacer negocios, concluyendo

¹⁴¹ Óp. Cit; SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, p.351.

¹⁴² Comunicación de la Comisión de 3 de diciembre de 2008, *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en aplicación del artículo 82 TFUE a la conducta excluyente de las empresas dominantes*, DO C 45.

¹⁴³ *Fashion Originators Guild of America v. FTC*, 369 U.S. 207.79S.Ct. 705.3, 1959.

que tal práctica estaba fijando las condiciones del mercado y privaba de la libertad de acción a la competencia suprimiéndola paulatinamente.¹⁴⁴

En el famoso caso *Comercial Solvents Co.*¹⁴⁵ (CSC), esta empresa norteamericana producía nitropropano y aminubotanol, un compuesto necesario para la producción de fármacos. CSC comercializaba sus productos a través de su filial el *Istituto Chermioterapico Italiano Spa* (ICI). Tras algunos años de suministrando el insumo, ICI comenzó a producir sus propios fármacos con independencia, por lo que CSC decidió no suministrar más insumos en el mercado. Frente a este escenario el Tribunal de Justicia concluyó: “una empresa que dispone de posición de dominante para la producción de materias primas... se encuentra capacitada para controlar el suministro a los fabricantes de productos derivados, no puede adoptar, por el simple hecho de haber decidido empezar a fabricar ella misma dichos derivados... un comportamiento que pueda eliminar la competencia de estos”.

La sentencia de *Comercial Solvents* evidenció que las empresas deben ser sumamente cuidadosas en terminar sus relaciones contractuales aduciendo una conducta anticompetitiva, ya que sus decisiones empresariales pueden afectar a los consumidores y es en ese momento cuando actúa el Derecho de la Competencia para corregir o sancionar cualquier alteración.

Otro caso que revela un comportamiento abusivo se desarrolló en la industria automotriz, en el caso *Consorzio Italiano della Componentistica di Ricambio contra Renault*:

“... la negativa arbitraria a suministrar piezas de recambio a talleres de reparación independientes, la determinación del precio de las piezas de recambio a un nivel no equitativo, o la decisión de no producir más piezas de recambio para un determinado modelo cuando todavía circulan numerosos vehículos de dicho modelo(..)”.¹⁴⁶

Lo trascendental de este fallo es imponer a las cortes un análisis profundo del mercado donde se encuentre el agente, puesto que cada sector económico tiene sus particularidades. Si una empresa niega de forma injustificada la venta de piezas fundamentales para un vehículo (afectando incluso la seguridad vial)¹⁴⁷ que todavía

¹⁴⁴ Óp. Cit; CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*, p. 632.

¹⁴⁵ STJUE, *Istituto Chermioterapico Italiano y Commercial Solvent c. Comisión*, de 6 de marzo de 1974, asuntos 6/73 y 7/73.

¹⁴⁶ STJUE, *Consorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli y Maxicar c. Régie Nationale des Usines Renault*, 5 de octubre de 1988, asunto 53/87.

¹⁴⁷ Véase el caso: STJUE, *Volvo c. Erik Veng Ltd.*, 5 octubre 1988, asunto 238/87.

cuenta con varios modelos activos, es claramente una conducta anticompetitiva que afecta no solo el bolsillo de los consumidores sino hasta su integridad.

Estos fallos revelan que si una empresa provee de insumos esenciales dentro de un mercado, se debe analizar si su comportamiento empresarial puede afectar al consumidor a corto o mediano plazo mediante la afectación de sus competidores, y de ser positivo este supuesto tiene el deber de abstenerse de realizar tal actividad.

2.3.3 Acuerdos de distribución exclusiva

La distribución es toda operación material y económica intermediaria entre el productor o consumidor que implica una adquisición. Esta práctica resulta ilícita cuando se consienta suministrar ciertos productos únicamente a un determinado distribuidor dentro de un territorio delimitado.¹⁴⁸ Estos acuerdos deberán ser objeto de análisis para la Superintendencia del Mercado, si reúnen los siguientes elementos:

- El productor tiene posición dominante;
- la práctica impide la entrada o expansión de una compañía;
- vuelve menos competitivo al mercado¹⁴⁹

Esta conducta afectaría al mercado de esta forma: un distribuidor solo vende los bienes de un fabricante y deja a un lado a sus competidores a pesar de que estos pueden proporcionar un producto de igual o mejor calidad.

Imaginemos que múltiples franquicias deportivas deciden solo vender zapatos deportivos de la compañía A, dejando a un lado a marcas de las compañías B, C y D. El poder de A se vería sustancialmente incrementado, en vista de que dicha empresa goza de una posición ventajosa, frente a la cual decidirá cuales son los precios de venta y que modelos serán los ofertados, mientras que sus competidores deben buscar lugares (por lo general lejanos al consumidor-target) donde ofertar sus productos. Esto acarrea un perjuicio para el consumidor medio y por tal motivo debe ser corregido.

Al igual que la anterior conducta, se encuentra prohibida la licencia exclusiva de un elemento clave o *essential facility* para la fabricación de un producto, que deje en total desventaja al resto de competidores. En Estados Unidos una compañía farmacéutica

¹⁴⁸ Óp. Cit; CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*, p. 720.

¹⁴⁹ Cfr. BERIAULT Yves y BORGERS Oliver, *Overview of Canadian antitrust law*, The antitrust review of the America, 2004, p.78.

mediante este tipo de licencia ocasiono el aumento en los costos de los ingredientes de sus competidores, lo que llevó al aumento de precios de los medicamentos de venta.¹⁵⁰

En otra categoría algunas empresas aplican las denominadas “cláusulas inglesas”, que permiten a la empresa dominante igualar y hasta mejorar cualquier oferta que reciba el cliente por parte de otro competidor, esta perjudica a la competencia dado que se revela quien hace la mejor oferta puede encontrar desincentivos a la hora de revelar sus productos.¹⁵¹

En lo referente a los contratos de franquicia, es usual el establecimiento de cláusulas que fijen cuáles serán las empresas autorizadas para realizar la distribución de productos, coartando de esta forma la libertad de contratación del franquiciado.

Este conflicto se da generalmente por el deseo del franquiciado de optar por un distribuidor “conocido” que presente menores costos en la adquisición de productos, el problema reside en el potencial perjuicio que sufriría la calidad del producto o servicio por la adquisición de bienes baratos o poco confiables, perjudicando en definitiva a toda la red en su reputación. La doctrina ha reconocido como un principio fundamental el derecho del franquiciante a preservar el prestigio y valor de su marca, lo contrario acabaría con el modelo empresarial, al implicar que cada contrato es un potencial riesgo para el activo principal de la empresa que es en este caso el prestigio de la marca.¹⁵²

Un simple ejemplo es la intoxicación de una persona en un restaurante por la ingesta de alimentos contaminados, este evento puede minar de forma considerable la reputación de toda la red y es por tal razón que se toman tantas molestias en seleccionar a distribuidores que garanticen productos de óptima calidad.

La jurisprudencia europea concuerda con este criterio, al señalar las características singulares del contrato de franquicia:

“... aceptan una serie de restricciones contractuales impuestas por el proveedor ya que están destinadas a proteger el know how de este así como a preservar el carácter homogéneo de la franquicia... Las restricciones impuestas a los franquiciados directamente vinculadas a la protección del know how del proveedor y al mantenimiento de

¹⁵⁰ *FTC v. Mylan Laboratories, Inc., Cambrex Corporation, Profarmaco S.R.I., and Gyma Laboratories of America, Inc.*, File: X990015.

¹⁵¹ Cfr. SIGNES DE MESA Juan, FERNÁNDEZ Isabel y FUENTES Mónica, *Derecho de la Competencia*, p. 252, 253.

¹⁵² Op. Cit; CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*, p. 717.

la unidad de la franquicia no son considerados por el TJCE como restrictivas de la competencia desde la sentencia *Pronuptia de Paris*.¹⁵³

El art. 11 # 19 de la LORMer señala como conducta prohibida el establecimiento de contratos de distribución o venta exclusiva, que a simple vista dejaría a un lado esta práctica, pero el mismo artículo nos otorga la solución al mencionar “cláusulas de no competencia o similares que resulten **injustificadas**”.

La doctrina ha analizado este supuesto y la solución más pragmática es permitir que el franquiciado goce de la libertad de seleccionar a su proveedor pero con la garantía de que los suministros contratados sean de igual calidad a la pactada.¹⁵⁴

Resultando oportuna una consulta previa al franquiciante, orientada a la aprobación de la decisión empresarial tomada, respetando de esta forma tanto el derecho de libertad en la contratación del franquiciado y la seguridad el franquiciante en la calidad.

2.3.4 Fijación de precios de reventa

El mantenimiento de precios de reventa o *resale price maintenance* (RPM) son la serie de acuerdos mediante los cuales el proveedor obliga o induce al distribuidor a no revender el producto por debajo de un precio determinado (precio mínimo), a venderlo a un precio determinado (precio fijo), o a no venderlo por encima de un precio establecido (precio máximo).¹⁵⁵

Los RPM han sido analizados detenidamente por el derecho de la competencia a nivel mundial, llevándolo a evolucionar de la ilicitud *per se* la regla de la razón y es la jurisprudencia estadounidense la que mayor análisis a puesto a esta conducta.

Al principio del desarrollo de la legislación *Antitrust*, el estándar de interpretación era la ilicitud *per se*, establecido por la Corte Suprema al aplicar la *Sherman Act* (art.1 sección 22),partiendo de que los precios son un elemento esencial del sistema competitivo y cualquier interferencia, vulneraría de forma grave al mercado y que tales acuerdos son el medio para establecer carteles entre distribuidores o ayudar a los carteles de fabricantes.¹⁵⁶

¹⁵³ STJUE, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris IrmgardSchillgalis*, 28 de enero de 1986, asunto C-161/84.

¹⁵⁴ Óp. Cit; LÓPEZ GUZMÁN Fabián, *El contrato de Franquicia Internacional*, p. 261.

¹⁵⁵ Óp. Cit; SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, p. 358.

¹⁵⁶ Cfr. MAURER Virginia y URSIC Michael, *Resale Price Maintenance: A legal Review*, Journal of Public Policy and Marketing, Vol. 6, 1987, p.172. Véase: U.S. v Trenton Potteries, 1927.

El caso que mayor fuerza tuvo en el reforzamiento de esta regla fue, *Dr. Miles*¹⁵⁷ en donde se concluyó que todo acuerdo contractual que obligue a los distribuidores a ceñirse a los precios determinados por el fabricante es ilícito.

Esta regla no duro mucho tiempo sin encontrar oposición. La regla de la razón nacería de una interesante postura en el caso *Colgate*, que trata de un fabricante que se abstenía de operar con los comerciantes que no siguieran su política de precios, la Corte Suprema considero que esto era lícito, siempre y cuando el fabricante anunciara públicamente las condiciones de precios de reventa para operar, al garantizar de esta forma un derecho de los fabricantes, como cualquier otro comerciante a elegir libremente las partes con las cuales operar. Este criterio ha sido reforzado¹⁵⁸ durante los últimos años por la Corte Suprema que si bien ha limitado de mejor forma su alcance es el aplicable a la mayoría de casos.

Se deben comprobar los siguientes elementos para fijar la licitud de la fijación vertical de precios:

- a) si es un precio máximo, fijo o mínimo;
- b) poder del mercado de quien impone el precio: si el poder del agente es escaso difícilmente podrá imponer un precio mayor al de la competencia ya que este política acabaría con su propio negocio;
- c) el impacto efectivo de la práctica: se analiza si a partir del acuerdo “restrictivo” cambio las barreras, la entrada o salida de agentes o si disminuyo la competitividad.

Un ejemplo claro de esta práctica es el siguiente: Imaginemos que la franquicia “Alpha” vende smartphones a las tiendas minoristas a \$400, pero impone como obligación el cobrar a los clientes \$450 señalando el precio de reventa y cualquier minorista que cobre menos habrá incumplido el acuerdo permitiendo la exclusión del mismo. Esta práctica perjudica en el mismo nivel que un cartel al impedir a los minorista el competir mediante el precio, por tales razones la LORMer lo recoge en el art. 9 # 20 como una práctica abusiva dentro del mercado.

Si bien existe una posibilidad de permitir los RPM, la jurisprudencia estadounidense señala que cualquier tipo de presiones dirigidas al distribuidor seguida por la vinculación

¹⁵⁷ *Dr. Miles Medical Company v. John Parker & Sons Co*, 220 U.S. 373, 1911.

¹⁵⁸ En el caso *State Oil v. Kahn*, la Corte Suprema sostuvo que los acuerdos verticales máximos de precios, es decir, los acuerdos que establecen un precio máximo por encima del cual las ventas no se puede hacer, ya no serían juzgados como ilegales per se, sino que serían juzgados bajo el imperio de la razón. *State Oil Co. v. Kahn*, 522 U.S. 3, 1997.

al precio sugerido es un acuerdo ilegal. El caso *Yentsch*¹⁵⁹ ha fijado la base para analizar la conducta. La compañía Yentsch funcionaba como una estación de servicio a quien Texaco decidió terminar su contrato por no seguir las políticas de precios establecida, los demandantes entregaron a la Corte Suprema un comunicado de Texaco que decía: "... o bajas el precio o vamos a conseguir un reemplazo tuyo", además de esta evidencia se comprobó la existencia de monitores (personal) que vigilaban la adhesión de los distribuidores al precio fijado, creando una atmósfera de coerción para la otra parte. Estas pruebas llevaron a sentenciar esta conducta como ilegal al presionar de tal forma a la parte contratante que elimina su libertad en el mercado.¹⁶⁰

2.3.5 Otras conductas restrictivas verticales

Existen múltiples conductas que pueden ser clasificadas como restricciones verticales, a continuación las más importantes.

a) Cláusulas de no competencia

Las cláusulas de competencia se las encuentra en la categoría de cláusulas grises, llamadas así por tener una mayor flexibilidad en su análisis y en pocas ocasiones causan efectos nocivos en el mercado. En el art. 9 # 19 de la LORMer, se recoge las cláusulas de no competencia.

Estos acuerdos existen en razón de proteger la organización o conocimientos que constituyen el principal activo de la empresa y lo diferencian del resto, se busca que al término de la relación comercial el intercambio de información no constituya un perjuicio para una de ellas. La prohibición de competencia tendrá validez si: a) resulte indispensable para proteger los conocimientos técnicos; b) son limitados a los bienes y servicios objeto del contrato o acuerdo; y c) tendrán un periodo máximo de un año tras la terminación del acuerdo.

Específicamente en el tema de las franquicias, se admite la restricción ilimitada en el tiempo respecto al uso y cesión de los conocimientos técnicos (*Know How*), que no sean de dominio público. Al ser el principal activo de la franquicia esta no puede perder tal activo tras pocos años de relación comercial, al generarse un factor de riesgo que dejaría sin sustento fáctico a esta figura jurídica.

¹⁵⁹ *Yentsch v. Texaco*, 1980, 630 F. 2d 46.

¹⁶⁰ Op. Cit; MAURER Virginia y URSIC Michael, *Resale Price Maintenance: A legal Review*, Journal of Public Policy and Marketing, p.178.

En otro supuesto, el franquiciado que forma parte de un sistema de distribución se encuentra prohibido de vender las marcas de los competidores del franquiciante, al constituir en una ventaja comercial injusta.

La limitación de “no competencia” tiene un alcance tanto durante la relación comercial como posteriormente.

b) Reducción de márgenes

Una franquicia puede aplicar al producto en el mercado ascendente (mercado del insumo esencial), en el cual presenta una cuota dominante, un precio que en comparación con el mercado descendente (mercado del producto cuya fabricación es necesario el insumo), donde compite con otras empresas a las que suministra este insumo, no permite que ni un competidor organizado y eficiente comercie de forma rentable.¹⁶¹

Un estrechamiento de márgenes se refiere a que el margen de ganancias entre el precio de un producto ascendente A (insumo) y el precio de un producto descendente A+B (producto fabricado con el insumo) sea insuficiente, eliminando a la competencia. Resultando que un agente incremente el precio del insumo de forma irracional para no eliminar la competencia de otros agentes.

2.4 Prácticas Anticompetitivas Unilaterales

2.4.1 Precios predatorios

Los precios predatorios son una de las conductas más ampliamente difundidas del Derecho de la Competencia y hasta la presente fecha no son entendidas por completo en cuanto a sus efectos o justificaciones, por lo tanto no existe una solución única que permita regular esta conducta sin afectar en algún grado a los consumidores.

La depredación de precios o *predatory pricing*, es la conducta en la cual una empresa con posición de dominio en el mercado, reduce sus precios por debajo de sus niveles de costos con la intención de generar pérdidas a sus competidores y forzar su salida del mercado, obteniendo su cuota de mercado en un futuro próximo. En materia económica se la conoce como “Guerra de precios” y como en cualquier guerra existen bajas, en este

¹⁶¹ Cfr. SIGNES DE MESA Juan, FERNÁNDEZ Isabel y FUENTES Mónica, *Derecho de la Competencia*, pp. 281- 283.

escenario existe una o más empresas con un estado financiero crítico que las obliga a disolverse.

En principio los consumidores experimentan un beneficio económico al adquirir bienes o servicios a un precio menor y conforme dure esta conducta en mayor medida se verán favorecidos, pero el problema reside en que el costo a futuro y la restricción en el mercado resultaran a la final más perjudicial, un hecho que los simples consumidores ignoran en gran medida.

La FTC y DOJ, han puesto especial énfasis en la depredación, resultando durante décadas una evolución sobre que conductas pueden ser encasilladas como ilícitas.

Al inicio la legislación *antitrust* se vivió la llamada era de la “Aplicación de precios predatorios”, en la que se consideraba como ilegal cualquier aumento de precios injustificados, pero a partir de 1975 con la publicación de un artículo¹⁶² las directrices sobre como evaluar esta conducta cambiaron considerablemente. El “Areeda-Turner Rule” propone un estándar de ilicitud *per se* en todos los casos en que el precio sea inferior al costo de producción (unión de costo fijos y costos variables) del producto.¹⁶³

Una nueva etapa en la regulación se da con la decisión Brooke¹⁶⁴ al crear un nuevo marco para evaluar esta práctica.¹⁶⁵ La Corte Suprema observo la necesidad de probar los siguientes elementos: el precio sea menor al costo; y demostrar un alza o compensación (**recoupment**) en el precio posteriormente a la eliminación de la competencia.

Si bien la regla “Brooke” parece de un fácil aplicación, la compensación implica la existencia de varias condiciones como la existencia de una estructura de mercado que permita la depredación, concentración en el mercado y sobretodo la capacidad de absorber la cuota del mercado de la “presa” o agente destruido.¹⁶⁶

¹⁶² Phillip Areeda y Donald Turner publicaron el artículo *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act* en 1975 y desde entonces las autoridades de competencia cuestiona la ilicitud *per se* de esta prácticas en base a los posibles efectos positivos sobre el mercado. En el ámbito europeo la “regla Akzo” determina los parámetros de análisis de conductas predatorias, esta regla fue directamente inspirada por la “Areeda- Turner Rule” demostrando la trascendencia de la misma.

¹⁶³ BOLTON Patrick, BRODLEY Joseph y RIORDAN Michael, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, Georgetown Law Review, 2000, pp. 14-16.

¹⁶⁴ Brooke, 59 U.S. at 223.

¹⁶⁵ La agencias norteamericanas complementan el análisis utilizando la *Baumol Price reversal rule*, conocida como “Baumol I” y “Baumol II”.

¹⁶⁶ *Ibid*; p. 21.

Todos estos fallos han llevado a concluir que la depredación es un fenómeno multifacético que difícilmente se puede identificar con un solo factor como el aumento del precio para fijar su ilicitud.¹⁶⁷

En Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), analizo el caso de una empresa productora de fósforos que fue acusada de implementar precios predatorios al ofrecer a un precio significativamente inferior al de la competencia, la SIC concluyo que los precios eran efectivamente inferiores pero la razón de esto derivaba en la tecnología usada, la cual era más moderna en comparación a su competencia y adicionalmente los precios eran superiores a los costos.¹⁶⁸ Evidenciando la necesidad de efectuar un examen total de la empresa para configurar una conducta predatoria.

Existen los siguientes elementos para determinar si una conducta encaja en depredación:

- 1.- la empresa debe gozar de una posición de dominio en el mercado relevante, ya que lo contrario resultaría perjudicial para la propia empresa, al derivar a los consumidores a la competencia;
- 2.- estrategia orientada a desincentivar a la competencia;
- 3.- el precio debe estar por debajo de una concreta medida de coste, este se constituye como uno de los elementos más importantes en el análisis; y,
- 4.- la empresa cuente con una capacidad económica que le permita soportar las pérdidas ocasionadas por la disminución del precio.¹⁶⁹

Un supuesto ambientado en el mercado de las gaseosas puede ser el siguiente: La compañía X cuenta con una cuota del mercado del 40%, en su afán por vencer a Y decide vender su botella personal a solo 90 centavos, la respuesta de Y es bajar a 80 centavos la botella y conforme su rival baje el precio, el agente X hará lo mismo hasta lograr su eliminación, incluso a pesar de sufrir pérdidas al ser un sacrificio necesario para obtener la cuota del mercado de su rival, logrando así posicionarse como la compañía número uno en el mercado de gaseosas, terminando en última instancia en un análisis costo - beneficio.

En otro escenario imaginemos que X decide ingresar con una nueva bebida en el mercado, su sabor e ingredientes son mejores pero el costo de producirlo es superior al resto de bebidas, para contrarrestar esto y como una táctica promocional baja

¹⁶⁷ Id.

¹⁶⁸ CORTAZAR Javier, *Hacia un nuevo Derecho de la Competencia*, pp. 31,32.

¹⁶⁹ Óp. Cit; SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, p. 239.

significativamente los costos respecto de su competidor Y, luego de unos meses y al contar con la fidelidad de los consumidores incrementa paulatinamente (llamado también incremento escalonado) el precio. Esta conducta podría ser tomada como depredación, pero la creación de eficiencias como una mayor competencia y elevar el nivel de calidad ocasionan que resulte difícil el aplicar una sanción en contra de X. Derivando en su lugar en una excepción.

Este escenario se conoce como justificación de expansión de negocios, para la procedencia de esta defensa se incluye tres factores:

- a) la reducción de costos posibilite un aumento de la eficiencia, como el ingreso de nuevos productos;
- b) no exista una alternativa comercial menos restrictiva de la competencia; y
- c) que la compensación responda a elementos objetivos como calidad o eficiencia y no la eliminación de los competidores.¹⁷⁰

Algunos economistas creen que los precios predatorios son una estrategia empresarial que raras veces o incluso nunca funciona. En el mismo supuesto Y sabe que X rebajara sus precios, en lugar de seguir con la guerra de precios, Y decide reducir su nivel de oferta (vender una menor cantidad de botellas), resultando que X asuma la mayoría de perdida por su política de precios bajos al captar un mayor porcentaje del mercado, dejando en una mejor situación a Y para sobrevivir. En definitiva el depredador sufre más que la presa, cuestionando la eficiencia de esta práctica.¹⁷¹

Este tipo de casos son los que presentan un dilema para la autoridad de competencia, implicando la necesidad de un análisis exhaustivo tanto del agente económico como de su entorno comercial para poder sancionar con una mayor probabilidad de éxito.

2.4.2 Ventas atadas o vinculadas

Son los acuerdos en los que se condicionan la venta de un producto determinado a la adquisición necesaria por parte del comprador de un segundo producto que por su naturaleza y usos comerciales, no presentan ninguna relación con el primer objeto. Al primer producto se lo denomina “producto vinculante” y al segundo “producto vinculado”.

Para que se configure esta conducta es necesario que concurren los siguientes elementos: 1.- El producto vinculado y vinculante deben tratarse de dos productos

¹⁷⁰ Óp. Cit; BOLTON Patrick, BRODLEY Joseph y RIORDAN Michael, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, pp. 48, 49.

¹⁷¹ Cfr. MANKIW Gregory, *Principios de Economía*, pp. 247-249.

distintos; 2.- La empresa ostente una posición dominante en el mercado del producto vinculante; 3.- La empresa no permite a los consumidores obtener el producto vinculante sin obtener el producto vinculado; 4.- Ausencia de una justificación objetiva.¹⁷²

Uno de los mayores problemas al examinar esta conducta, reside justamente en determinar que bienes pueden ser considerados como separados, en vista de que la mera separación física no puede ser considerada como nexo al existir diversos productos que son vendidos por separado sin que esto constituya un abuso. Por lo tanto, solo bienes disociables económicamente, es decir que pertenecen a mercados diversos uno del otro (ej: un producto tecnológico atado a un producto automotriz), presentan un lazo económico.¹⁷³

Existen diversas “modalidades” dentro de las ventas vinculadas:

- a) La obligación del comprador de adquirir un producto vinculado como requisito necesario para la obtención del producto principal, es *Tying* en sentido estricto.
- b) Cuando los productos son ofrecidos como parte de un paquete de precio único que no puede ser fraccionado, se lo conoce como *pure bundling*.
- c) Una forma más sutil es el ofrecimiento de incentivos como descuentos o rebajas, si los bienes son adquiridos de forma conjunta, llamado *mixed bundling*.¹⁷⁴

La afectación al mercado se la evidencia en la limitación a la libertad de elección del consumidor, al adquirir un producto que no desea simplemente porque el productor (quien cuenta con posición de dominio) realiza la venta de su producto principal con otro producto donde no cuenta con tal posición, es decir es débil en ese mercado.¹⁷⁵ Esta conducta se encuentra prohibida en la LORMer, en su art. 9 # 8 que menciona: “La venta condicionada y la venta atada, injustificada”.

El agente económico a quien se le imputa esta conducta tendrá como alternativa: I.- El demostrar que su conducta no produce efectos contrarios al mercado y que al contrario de lo que se piensa produce eficiencias como reducir los costos de producción y distribución de la gama de productos y garantizar de esta forma la calidad del producto

¹⁷² Óp. Cit; ORTIZ BLANCO Luis, MAILLO GONZALEZ Jerónimo, IBAÑEZ Pablo y LAMADRID Alfonso, *Manual de Derecho de la Competencia*, p. 180.

¹⁷³ SALINGER Michael, *Tying and Bundling in a Nearly Contestable Market*, Boston University- School of Management, 2011, p.5.

¹⁷⁴ Óp. Cit; SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, p. 343.

¹⁷⁵ En el caso *Northern Pacific Railway Company v. United States*, se reiteró el principio de que la ilegalidad de las cláusulas vinculadas resulta de que “el vendedor tenga suficiente poder económico con respecto al producto vinculante como para restringir apreciablemente la libre competencia en el mercado del producto vinculado”.

complementario; o, II.- Demostrar que la venta tiene justificación en razón del mantenimiento de la calidad o seguridad del producto principal, un claro ejemplo es la exigencia de las compañías de automóviles en la venta de repuestos autorizados en razón de garantizar el desempeño y seguridad de sus vehículos. El imponer la compra de repuestos o insumos sirve para asegurar el funcionamiento técnico correcto, y proteger así la reputación comercial.¹⁷⁶

Un supuesto clásico es donde una franquicia de artículos electrónicos goce de una cuota considerable del mercado (40% se considera una cuota sustancial) en la venta de televisores de última generación “OLED”, pero no posee tal poder en la venta de reproductores digitales como Blu-Ray, por lo tanto se organiza la venta de todos los televisores OLED con el reproductor “Blu-Ray X”, el consumidor que desea adquirir un televisor se ve presionado en la adquisición de otro bien que en principio no desea a pesar de estar indirectamente relacionados. Esta conducta no solo perjudica la capacidad de elección del consumidor sino que hace posible el trasladar la posición de dominio del cual goza la franquicia líder en el mercado, hacia otro de menor penetración menoscabando a la competencia.

2.4.3 Discriminación

La discriminación de precios es una práctica comercial que implica vender unidades similares de un bien o servicio a diferentes precios. La naturaleza de esta conducta es excluyente al afectar la estructura competitiva del mercado, permitiendo que la empresa dominante consolide su posición o impida la entrada de nuevos operadores.

Para determinar si existe discriminación se debe demostrarse las siguientes condiciones acumulativas:

- 1.- condiciones desiguales a terceros contratantes;
- 2.- prestaciones equivalentes al evaluarse la naturaleza de los bienes y servicios, así como las condiciones de comercialización;
- 3.- habilidad para segregar: el discriminador debe tener la posibilidad de segregar clientes en grupos¹⁷⁷ con diferentes elasticidades de demanda o precios de reserva (los precios más altos que un comprador estaría dispuesto a pagar por una unidad específica de abasto).

¹⁷⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*, p. 487.

¹⁷⁷ Discriminación de primer grado: llamada perfecta ya que la empresa cobra un precio distinto a cada consumidor de acuerdo a lo que esté dispuesto; segundo grado: cobra diferentes precios sobre la base de la cantidad demandada; tercer grado: la empresa no puede identificar la voluntad de pago.

4.- desventaja comparativa entre los agentes económicos, resultando esencial que una empresa tenga una posición de dominio en comparación con los terceros o competidores en el mismo nivel de producción.

Además de estas condiciones la conducta debe estar orientada a favorecer a sus compradores habituales frente al resto de competidores; en el caso *Suiker Unie*¹⁷⁸, el Tribunal de Justicia estableció lo siguiente:

“el comportamiento de la empresa en posición dominante en un mercado no solo es discriminatorio, sino que también pretende **falsear la relación de competencia**, es decir obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de esta empresa frente al resto”¹⁷⁹ (Negrilla es propia)

La discriminación se producirá solo si frente a dos situaciones similares se otorga un tratamiento diferente; salvo una situación que justifique objetivamente tal diferencia a través de factores como la ubicación geográfica, nivel de riesgo, métodos de transporte o condiciones de compra, determinando que los precios no sean los mismos para todos los agentes. En tal sentido Bellamy and Child declaran que: “precios distintos no son discriminatorios excepto si no hay justificación objetiva de la diferencia”.¹⁸⁰

La complejidad en el análisis de esta conducta se debe en razón de proteger la libertad de determinación de los precios, al ser la esencia del proceso competitivo, la garantía del ajuste eficiente entre oferta y demanda. Limitando el accionar de los agentes únicamente a la empresa que ostenten una posición de dominio.

Existen diversas modalidades de discriminación que no solo se refieren al precio sino como señala el art. 9 # 6 de la LORMer se extiende a condiciones y modalidades de fijación de precios:

-Discriminación de precios y sus condiciones.

-Discriminación geográfica: Una franquicia puede determinar precios diversos en base a locaciones o estados. En el caso *United Brands*¹⁸¹, la compañía “United” vendía sus plátanos a distribuidores europeos a precios variados según el Estado miembro, la Comisión señaló que al utilizar los mismo barcos, mismos costos de desembarco y

¹⁷⁸Óp. Cit; SIGNES DE MESA Juan, FERNÁNDEZ Isabel y FUENTES Mónica, *Derecho de la Competencia*, pp. 262-264.

¹⁷⁹ STJUE, *Suiker Unie e. a. c. Comisión*, 40/73, 16 de diciembre de 1975.

¹⁸⁰ Óp.Cit; BELLAMY Christopher y CHILD Graham, *European Community Law of competition*, p. 542.

¹⁸¹STJUE, *United Brands y United Continental Brands c. Comisión*, 27/76, 14 de febrero de 1978.

vendidos bajos las mismas condiciones, no existía una justificación objetiva que respaldara tal diferenciación.

-Precios con descuentos: Una de las más sutiles es ofrecer descuentos en los precios de forma injustificada a uno de los contratantes, las compañías utilizan esta táctica de forma reiterada y se excusan en que el volumen de compras es justificativo de tal práctica, el problema radica en no aplicar el mismo criterio a otros compradores.

Capítulo III

3. DERECHO SANCIONADOR DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Dentro del mercado la competitividad es un factor clave en el ámbito de la producción y comercialización de cualquier compañía, en lo que respecta a las franquicias esta aseveración es igualmente válida, dado que si este elemento es distorsionado por alguna conducta que impida el normal intercambio dentro del mercado, el perjuicio es tanto como a las empresas como a los consumidores, situación que debe ser subsanada por el Estado de forma inmediata.

Por tal motivo nuestra Constitución en sus artículos 335 y 336 señalan la obligación del Estado de evitar y sancionar cualquier tipo de prácticas de competencias desleal, así como la promoción de un comercio justo entre los diversos agentes económicos. Lo que en definitiva trata de defender nuestra Constitución es el principio de la libre competencia que aparece como “un elemento que brinda sustancia y razón de ser la Derecho de la Competencia”¹⁸², este principio señala el camino que las empresas deben seguir al realizar sus negocios.

La Corte Constitucional Colombiana se ha referido a la libre competencia en los siguientes términos:

“La libre competencia se presenta como un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción... la libre competencia es un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un **estado de competencia real, libre y no falseada** que permita la obtención de un lucro individual para el empresario a la vez que genere beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad con mayores garantías y a un precio real y justo.” (Negrilla es propia)

La doctrina ha reconocida que el derecho a la libre competencia es un derecho esencial de los consumidores, de lo contrario se encontrarían sometidos a un poder monopólico o

¹⁸²BARONA VILAR Silvia, *Competencia Desleal*, pp.33-36; En LOPEZ GUZMAN Fabián, *El contrato de Franquicia Internacional*, p.445.

de abuso de posición dominante en cuanto a la calidad o cantidad de los bienes y servicios.

La Constitución de 2008, la Convención de Paris (art.10 # 2) y la Decisión 486 (art. 269) de la CAN, son el marco legal general por el cual un operador económico debe competir en todo momento de forma leal.

La leal competencia es aquella que se encuentra guiada por los usos o costumbres comerciales honestos y por el respeto a las normas de corrección que deben regir a las actividades económicas, de forma que se realicen en base a la oferta y demanda propia del mercado sin actitudes hostiles o de descredito a sus rivales.¹⁸³

Por lo tanto se compete lealmente cuando existe claridad y diferenciación de las ofertas, basadas en las condiciones propias del mercado y sobretudo en la oferta y demanda. Respeto de esta forma la legalidad y libertad de decisión de los consumidores.¹⁸⁴ La deslealtad se la observa cuando un agente contraviene las costumbres mercantiles nacionales e internacionales.

Para la configuración de un acto como competencia desleal debe verificar la presencia de los siguientes elementos:

- a. una conducta sea desleal;
- b. que la conducta haya sido realizada en el mercado, ya que este es el escenario en que tanto oferentes como consumidores buscan satisfacer necesidades propias y ajenas;
- c. que la conducta haya sido realizada por un agente económico;
- d. que la conducta tenga una finalidad concurrencial. La expresión “finalidad concurrencial” se refiere a que la conducta haya sido realizada con el fin de mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero. Que la conducta produzca o esté llamada a producir efectos en el mercado con la finalidad de recibir un rédito económico.

Para el análisis de mercado de las diferentes conductas desleales, las agencias de competencia internacional usan como referencia al consumidor medio, este criterio fue expuesto por el Tribunal Europeo de Justicia que señala que el consumidor medio es aquel que se encuentra “razonablemente bien informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos”¹⁸⁵, este

¹⁸³ Cfr. SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, p. 397.

¹⁸⁴ BERCOVITZ Alberto, *Competencia desleal: Código de Comercio evaluación y perspectivas*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá D.C., 1992.

¹⁸⁵ COMUNIDAD EUROPEA, *Directivas sobre prácticas comerciales desleales*, Bélgica, 2006, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_es.pdf, Acceso: 01/08/2013, 22.19.

criterio tiene como finalidad determinar si la actuación de las compañías involucradas se halla conforme a los parámetros del mercado o si resulta imposible para cualquier consumidor conocer las prestaciones del producto o servicio.

Todos los elementos doctrinales y técnicos señalados para determinar el mercado relevante, elasticidad del producto, grado de participación, etc; estudiados en el capítulo 2 son perfectamente aplicables en el análisis de las conductas desleales y representan elementos necesarios, al permitir una mayor comprensión sobre los efectos o limitaciones de dichas conductas.

Antes de proceder con el estudio de las diversas conductas desleales, queremos señalar que la LORMer en el art. 26 contiene una cláusula general prohibitiva, sancionando cualquier acto que impida restrinja o distorsione la competencia atentando así contra la propia eficiencia del mercado. La cláusula general pretende abarcar a todas aquellas conductas desleales que no se encuentran expresamente tipificadas en la ley, al no ser posible enumerar todos los posibles supuestos de deslealtad que puedan desarrollarse a diario.

3.1 Actos desleales en el contrato de franquicia que afectan a los competidores

3.1.1 Actos de imitación

Cuando una compañía marca tendencias en el mercado es normal que sus competidores actuales o futuros copien varias de sus estrategias e innovaciones con la finalidad de poder competir en el mercado. Las franquicias justamente se constituyen como uno de los objetivos más frecuentes por parte de los imitadores.

La libertad de iniciativa privada garantizada en la Constitución¹⁸⁶, contiene el llamado “derecho a imitar”; permitiendo el traslado de ideas y procesos entre los agentes. El derecho a imitar que tienen los agentes económicos, es una manifestación de la libertad de iniciativa privada en materia económica, constituyendo un presupuesto necesario del progreso, que considera la libertad de imitación como una exigencia del interés general.¹⁸⁷ En principio se puede imitar todas las prestaciones o iniciativas que no se

¹⁸⁶ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, arts. 336 y 339.

¹⁸⁷ INDECOPI, *Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial*, Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI.

encuentren protegidas por una marca, patente o cualquier otro derecho de propiedad intelectual; y es obligación de los agentes diferenciarse de otras marcas.¹⁸⁸ El problema resulta en que un agente “imitador” aprovecha la fama del producto original y pretende que los consumidores lo elijan como el original, creando una confusión entre marcas sin señalar las prestaciones existentes.

La LORMer en su art. 27 # 3 señala como objeto de imitación a las prestaciones o iniciativas empresariales, las cuales pueden ser un signo, señal, forma, o conducta, otorgando un amplio espectro del objeto que puede ser imitado. Este objeto puede estar o no registrado pero necesariamente debe pertenecer o estar relacionado con el competidor.

Frente a la libertad de los competidores de imitar, la sanción de los actos de imitación se constituyen como la excepción y su interpretación debe ser de forma restrictiva reservándolo solo para casos que vulneren de forma grave al mercado; sin perjuicio de la acciones legales pertinente en materia de propiedad intelectual.

Para la configuración de la imitación deben existir cuatro elementos concurrentes: (i) la imitación debe referirse a un competidor determinado; (ii) la imitación debe ser metódica o sistemática de las iniciativas o prestaciones del competidor; (iii) la estrategia de imitación debe estar encaminada a impedir u obstaculizar el desarrollo en el mercado del competidor imitado; y, (iv) la imitación no debe ser una respuesta natural al mercado.¹⁸⁹

Respecto al primer elemento, los sujetos deben ser evidentemente competidores, ofreciendo productos en el mismo mercado que mediante la deslealtad de uno cause perjuicios actuales o potenciales en las ventas de su competidor. Para ser considerado competidores estos deben encontrar en un mismo nivel productivo o simplemente ofertar un mismo producto o servicio.

El segundo elemento, señala la existencia de una imitación metódica o sistemática de las iniciativas y prestaciones del competidor. Para que se configure una imitación sistemática el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú ha señalado que: “una imitación sistemática no supone la copia de un signo distintivo o la violación de una patente o la imitación de tal o cual iniciativa, sino la copia de toda una serie de marcas, de tipos de productos, métodos publicitarios y de venta, formas de embalajes, etc”. Es decir la copia de un elemento por

¹⁸⁸ Cfr. OTERO LASTRES José Manuel, *Actos más relevantes de competencia desleal, confusión imitación y venta con pérdida*, Madrid, 2000, p. 68.

¹⁸⁹ INDECOPI, Resolución N° 060-2000/CCD.

sí solo no constituye un acto de imitación sino el tomar todo un sistema empresarial como propio.

Sobre el tercer elemento, la Comisión Europea ha indicado que los actos de imitación sistemática corresponden a la denominada competencia de obstrucción: “A diferencia de la competencia fundada en la calidad de los bienes y servicios y la bondad de las propias prestaciones... en la competencia de obstrucción el fin principal que se persigue es el de eliminar, lesionar o trabar el funcionamiento del competidor, así como su desarrollo”. En estos casos, la afectación tanto a la empresa como a los consumidores no proviene del riesgo de confusión, sino del propósito de impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado del competidor imitado.

El cuarto elemento permite la aplicación de la regla de la razón al analizar si por medio de la imitación sistemática, se plantea una competencia de obstrucción excediendo así el derecho a imitar (imitación exacta y minuciosa) como una respuesta natural del mercado.¹⁹⁰

La doctrina ha clasificado¹⁹¹ a la imitación en las siguientes 4 modalidades:

1.- Imitación por riesgo de asociación

Esta primera modalidad ocurre cuando los consumidores no pueden distinguir entre las prestaciones de diversos competidores, los productos o servicios imitados protegidos son los que cuentan con un derecho de exclusividad.

Esta modalidad presenta una fuerte similitud con el acto desleal de confusión, ya que en los dos actos hay un comportamiento orientado a manipular a los consumidores para que elijan sus prestaciones. Para diferenciar un acto de otro, se considera que la confusión desleal se focaliza en la procedencia de la prestación, mientras que la imitación desleal el riesgo de asociación se refiere a la prestación en sí misma.¹⁹²

El riesgo de imitación se analizara en base al efecto o impresión sobre el consumidor medio, por ejemplo si el consumidor desea adquirir un cierto producto sobre el que tiene una “ligera” idea sobre el producto original y adquiere otro basándose en la prestación original.

¹⁹⁰ Cfr. LOPEZ GUZMAN Fabián, *El contrato de Franquicia Internacional*, p.450.

¹⁹¹ BARONA VILAR Silvia, *Competencia Desleal*, editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2005, p.348.

¹⁹² Id.

2.- Imitación por aprovechamiento de reputación ajena

Esta modalidad debe ser distinguida del acto de explotación de reputación, ya que ambos presentan características diferentes. Esta clase de imitación es un acto que aprovecha la fama del competidor, limitándose a copiar los elementos de presentación del producto ajeno, sin realizar ninguna aportación al mercado de dicho producto.¹⁹³

La tratadista Silvia Barona señala que elementos deben existir para que se configura esta modalidad:

“Al hablar de imitación como acto de competencia desleal, con su modalidad de aprovechamiento indebido de la reputación ajena, en el cual se entiende que es un acto que se aprovecha de la fama de un competidor, que se produce a través de la reproducción de prestaciones reconocidas. Sin embargo no todo acto que se haya causado por aprovechamiento indebido de reputación, quiere decir que constituya un acto de imitación desleal, pues al contrario, constituye un acto desleal aquel que es indebido y evitable... la prestación original que está siendo imitada debe poseer singularidad competitiva y reconocimiento en el tráfico”.¹⁹⁴

La franquicia toma relevancia en este punto al ser un negocio sustentado en una amplia y sólida reputación, características que la vuelven más deseable por parte de los imitadores y ofertan tales prestaciones sin garantizar el mismo nivel de calidad que la franquicia.

3.- Imitación por el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno

Esta modalidad vulnera a los productos o servicios que no se encuentran protegidos por un derecho de exclusividad, confundiendo a los consumidores y aprovechando el esfuerzo realizado anteriormente por el competidor en posicionar su producto.

El agente imitado resulta perjudicado en la medida que disminuyen su ganancia y cuota dentro del mercado por un producto idéntico al suyo por medio del aprovechamiento del desconocimiento de los consumidores.

4.- Imitación sistemática de prestaciones e iniciativas empresariales

Esta modalidad no busca confundir a los consumidores sino tomar los elementos comerciales más significativos de sus competidores y copiarlos sin autorización alguna. La estrategia tiene como fin el impedir u obstruir que un agente se consolide en el

¹⁹³ Cfr. SEVILLA HOLGUÍN María Verónica, *La Competencia Desleal: Análisis desde el campo de la Propiedad Intelectual*, UDLA, Tesis de grado, Quito, 2011, p. 27.

¹⁹⁴ *Ibid*; pp. 315, 514.

mercado por medio de la imitación de todo nuevo producto o servicio emergente, por tal razón se ha llamado a esta modalidad como imitación predatoria.¹⁹⁵

Resulta ser una de las modalidades de mayor dificultad a la hora de aplicar frente a las franquicias, dado que el esquema estructural o empresarial es manejado con gran reserva y su acceso es solo autorizado a pocos miembros de la red.

3.1.2 Explotación de reputación ajena

En los casos de explotación o aprovechamiento de la reputación ajena, nos encontramos frente a situaciones en donde un agente busca establecer una vinculación entre él y el resto de competidores, seleccionado en la mayoría de casos a empresas consolidadas en especial franquicias, con la finalidad de aprovecharse del prestigio o la reputación que han obtenido en el mercado.

Cuando una compañía utiliza la reputación de otra para favorecerse, nos encontramos frente a un clásico ejemplo de competencia parasitaria, ya que un nuevo agente denominado sujeto activo o explotador, pretende adjudicarse para sí las ventajas de la reputación (industrial, comercial o profesional adquirida) que otro agente ha creado (denominado sujeto pasivo o explotado); esto se logra equiparando el producto propio al ajeno por medio de la utilización de signos distintivos ajenos para beneficiarse de una mayor cuota del mercado.¹⁹⁶

Para que un agente concorra en el supuesto señalado en la LORMer deben existir cuatro elementos:

- que el sujeto pasivo cuenta con una reputación;
- sujeto activo aproveche esa reputación;
- constatación de un aprovechamiento indebido; y,
- beneficio a un tercero

A continuación analizaremos cada uno de los elementos enunciados:

I.- Contar con una reputación consolidada

La reputación es el grado de penetración que ha tenido un producto o servicio en el público, las empresa consolidadas como las franquicias cuentan con productos premium,

¹⁹⁵ Cfr. ABAD MERCHAN José Andrés, *La imitación y la confusión como actos de competencia desleal*, UDLA, Tesis de grado, Quito, 2012, p. 27.

¹⁹⁶ Óp. Cit; SEVILLA HOLGUÍN María Verónica, *La Competencia Desleal: Análisis desde el campo de la Propiedad Intelectual*, pp. 123, 124.

los cuales cuentan con una gran aceptación y penetración en la mente de los consumidores, pero este proceso de consolidación requiere de varios años, por lo general décadas y grandes inversiones económicas, resultando totalmente injusto que otro agente se aproveche de esta reputación sin ningún esfuerzo previo. La reputación para ser considerada como tal debe presentar un valor económico (valor cuantificable en términos monetarios), es decir la marca es tan conocida que sus productos son demandados en mayor medida que los de otros agentes. Un ejemplo de esto son los costos generados por campañas publicitarias que exigen rubros económicos que pocos agentes pueden solventar y solo mediante años de campañas publicitarias se logra que una marca cuente con reputación en el mercado.

II.- El aprovechamiento de la reputación

El aprovechamiento de la fama de un agente solo existe cuando se efectúa una comparación o al menos una referencia a otro agente con la finalidad de aprovechar su fama.

Lo que diferencia a esta conducta de otras como los actos de denigración o comparación es que este tipo no se persigue una publicidad negativa, en el sentido de mermar o afectar la fama del sujeto pasivo sino al contrario exaltar las prestaciones del mismo, obteniendo solo las mejores características.

III.- Aprovechamiento no autorizado

Respecto del aprovechamiento indebido este se da cuando la empresa afectada no otorga de forma legal y previa una autorización para la explotación de su reputación, como en el caso del franquiciado que cuenta con todos los permisos por parte del franquiciante para realizar campañas de publicidad y emplear los diversos nombres comerciales, signos distintivos, productos, etc. Ya que justamente utiliza la fama de este para penetrar en un nuevo mercado y tener una rápida aceptación. El agente que no desea o no cuenta con los recursos económicos suficientes para explotar la reputación de forma legal utiliza esta práctica.

IV.- Obtención de un beneficio

En este punto existe la particularidad de que ni la LORMer, ni el derecho comparado exigen que el sujeto activo de la infracción sea el que se beneficie, ya que perfectamente lo puede obtener un tercero. La ilicitud de esta conducta se encuentra en que impide o

reduce la cuota del mercado de la empresa posicionada, empleando medios ilícitos para su cometido.¹⁹⁷

Las franquicias son un objetivo común de este tipo de prácticas al ser justamente empresas que tienen un alto nivel de posicionamiento entre los consumidores. Con la finalidad de acortar años de investigación y desarrollo los agentes competidores que en su mayoría son empresas emergentes, explotan una formula comprobada de las franquicias pero sin cancelar *initial fees* ni *royalties*.

Son comunes los casos de locales de comida rápida con el nombre de *McDonalds* alrededor del mundo pero que solo comparten el nombre de la multinacional, ya que sus procesos empresariales son completamente distintos al no presentar la misma calidad o servicio que la franquicia. La Superintendencia de Mercado debe sancionar de forma inmediata este tipo de práctica, puesto que lo contrario generaría una atmosfera negativa en el mercado al ser mínimo el número de inversionistas internacionales que apostarían por un país en donde sus activos se vean afectados impunemente.

Cabe mencionar que no constituyen una explotación ilícita de reputación ajena el mencionar el número de empresas con las que ha trabajado un agente o el señalar los procedimientos técnicos que ha realizado en dichas empresas, ya que este no hace alusión a las prestaciones de estos agentes o a la información sustancial de la misma, sino que mediante esta forma se acredita su experiencia dando sustento a sus afirmaciones.

3.1.3 Violación de secretos

El desarrollo económico actual revela que solo las compañías con conocimientos empresariales y técnicos de primer nivel, podrán permanecer en el mercado y no ser desplazado por la competencia. Por su gran valor este conocimiento es custodiado de forma celosas por las compañías y se lo denomina secretos empresariales.

El secreto empresarial es el conjunto de conocimientos que no pertenecen al dominio público y que reportan a quien los posee una ventaja competitiva significativa sea en la fabricación de un producto o en la prestación de un servicio, razón por la que son protegidos por su poseedor frente a una eventual divulgación.¹⁹⁸

Por su parte José Massaguer define a la violación de secretos en los siguientes términos:

¹⁹⁷ Cfr. SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, pp.429-431.

¹⁹⁸ Cfr. LOPEZ GUZMAN Fabián, *El contrato de Franquicia Internacional*, p.354.

“La divulgación consiste tanto en la revelación a uno o varias personas cualquiera no autorizadas para entrar en conocimiento del secreto empresarial... tales que provoquen o pueden provocar la pérdida de la ventaja competitiva que reporta a su titular”.¹⁹⁹

Para que sea considerada esta conducta como desleal debe cumplir con ciertos parámetros²⁰⁰ objetivos que a continuación analizaremos:

I.- Debe existir un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, hechos, actividades con utilidad comercial.

El secreto para que sea empresarial debe tener una utilidad comercial, su posesión, explotación o divulgación tiene un efecto en un determinado mercado. Al analizar las franquicias observamos que el *know how* es el conocimiento técnico aplicable a un nivel empresarial que presenta un gran valor económico y es susceptible de contratación; constituyéndose como su principal activo y por lo tanto un bien que requiere extrema protección.

El ámbito sobre el cual puede recaer el secreto es prácticamente ilimitado, al poder extenderse sobre cualquier aspecto de la empresa sean técnicas de fabricación, estrategias de mercadeo, posibles contratos con otros agentes o formulas químicas las que puedan ser consideradas como secretos, dependiendo del mercado donde se apliquen.

II.- Conocimiento tenga carácter de reservado o privado

El secreto es una información que permanece oculta para un gran número de personas que aunque sean integrantes de círculos que maneja información al respecto o se encuentran en el medio, estas no puede accederlo fácilmente. Un ejemplo de ello es que existan varias franquicias cuya actividad principal sea la fabricación de aeronaves comerciales, pero solo una de ellas tiene el secreto para volar a una velocidad jet a grandes alturas, si bien varias empresas tienen conocimientos de fabricación aeronáutica, solo una tiene un conocimiento esencial dentro del mercado.

III.- Los titulares del secreto tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello.

¹⁹⁹ MASSAGUER José y otros, *Comentario a la ley de Competencia Desleal*, editorial Civitas, Madrid, 1999; en SEVILLA HOLGUÍN María Verónica, *La Competencia Desleal: Análisis desde el campo de la Propiedad Intelectual*, p. 43.

²⁰⁰ ESCUDERO Sergio, *La Protección de la Información no Divulgada, Los Retos de la Propiedad Industrial en el siglo XXI*, p. 321. En Resolución N° 060-2000/CCD-INDECOPI.

El agente que cuente con el secreto debe implementar todas las medidas necesarias para custodiarlo, empleando un cuidado mínimo orientado a mantenerlo reservado. Si se guarda en una bóveda una fórmula secreta es un escenario perfecto de protección del secreto.

IV.- La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, en el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen.

El secreto empresarial debe tener un valor económico, este se evidencia cuando al revelarse la información la empresa pierde clientes, ve afectado su prestigio o se reduce la cuota de mercado. Muchas compañías destacan justamente por sus secretos empresariales, al ser justamente este secreto el factor decisivo para obtener una ventaja competitiva.

En la violación de secretos encontramos dos modalidades:

a) Acceso y divulgación de la información por un sujeto previamente autorizado.

Existe un interesante caso que analiza este tema en *Pepsico Inc. v. Redmond*²⁰¹. La compañía PepsiCo producía “All Sport” y su competidora Quaker Oats producía “Gatorade”; ambas bebidas hidratantes para deportistas. William E. Redmond era un gerente de alto nivel en PepsiCo que conocía los planes de expansión y mercadeo de la compañía y que renunció el 10 de noviembre de 1994 con el propósito de posesionarse como vicepresidente de Quaker Oats. Seis días después de la renuncia, PepsiCo demandó a Redmond buscando impedir que éste revelara a su nuevo empleador los secretos comerciales de la empresa. Aunque no existía evidencias claras de filtraciones y sólo se probó cierta falta de ingenuidad o *lack of candor* por parte de Redmond, la corte norteamericana determinó que había un alto grado de probabilidad de que se filtraran los secretos empresariales de PepsiCo, razón por la cual admitió la ocurrencia de competencia desleal.²⁰² La corte de forma pragmática señaló que Redmond no puede olvidar todo lo que aprendió en PepsiCo y sus labores diarias implican aplicar tales conocimientos, pero lo que la corte olvido es señalar las medidas para salvaguardar el derecho al trabajo del señor Redmond.

²⁰¹ *PepsiCo, Inc., v. Redmond*, 54 F.3d 1262, 7th Cir. 1995.

²⁰² Cfr. TOBON Natalia, *Sanciones por revelar secretos en Colombia*, Cali, 2011.

- b) La información adquirida ilegalmente por medio de actos de espionaje o procedimientos análogos.

Este supuesto resulta más sencillo en su análisis, si un sujeto extrae sea de forma física o a través de un robo de datos informáticos, que representen información sustancial de su competidor, nos encontramos frente a una adquisición ilícita y la infracción se constituye con la mera posesión no autorizada de la información y no es necesario que la utilice o transmita.

Los secretos empresariales forman parte del principal activo de las franquicias al ser necesario años de investigación y ensayo - error para su obtención. Supongamos que una franquicia de comida rápida especializada en productos marítimos contrata a un agente para facilitar el ingreso a un nuevo mercado, este agente por su trabajo accede a la receta secreta que hace famosa a la marca, el agente vende este secreto al mejor postor y al cabo de pocos meses la receta se vuelve de dominio público. Como consecuencia los imitadores aparecen y hasta los propios consumidores pueden replicar la receta en sus hogares, terminando con el secreto y de igual forma con empresa.

3.1.4 Actos de denigración

La denigración es la difusión de afirmaciones sobre actividades, productos, establecimientos o relaciones mercantiles sobre un competidor, destinadas a desacreditarlo.²⁰³ Estas afirmaciones deben ser idóneas, con una probabilidad razonable de afectar a su competidor.

La Ley de Represión de la Competencia Desleal del Perú define en similares términos a esta conducta:

“Art. 11 # 1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos”.²⁰⁴

La LORMer así como la legislación internacional señalan que para la materialización de esta conducta no es necesario que el descrédito se haya producido sino que sea apto para ello.

²⁰³ Cfr. SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, pp.429-431.

²⁰⁴ Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044.

El acto de denigración para ser considerado como tal debe presentar estos 3 presupuestos: (i) difusión de la comunicación; (ii) determinación del presunto afectado por las afirmaciones difundidas; y (iii) el contenido de las mismas.

I.- La difusión de la comunicación

El primer paso para determinar si existe un acto de competencia desleal, se debe probar que efectivamente existió una difusión o una difusión inminente de afirmaciones referidas a la actividad, los productos o las prestaciones de un agente o de sus gestores. El sujeto afectado por la conducta debe probar de forma inequívoca la existencia de un mensaje afecte su posición en el mercado.

La carga de la prueba la asumirá el agente que denuncia la afectación; mediante pruebas documentales, testimoniales o materiales que no solo demuestren la existencia de las declaraciones sino también la veracidad, exactitud y relación de estas para con su empresa.

II.- La determinación del presunto afectado por las afirmaciones difundidas

Una vez que el agente en este caso una franquicia haya demostrado de forma clara la efectiva difusión o la amenaza cierta e inminente de que las mismas serían difundidas, la Superintendencia del Mercado deberá comprobar si las afirmaciones están referidas a un competidor identificado o al menos identificable por los destinatarios, para posteriormente estudiar si las afirmaciones son veraces, exactas e idóneas para menoscabar el crédito de dicho competidor.

Como las referencias al competidor pueden haberse realizado de manera directa o indirecta, hay que examinar si un consumidor medio podría identificara dicho competidor. Esta prueba puede resultar subjetiva en razón de que los consumidores presentan niveles diversos de acceso a ciertos mercados, debiendo tomar en cuenta el lugar donde se focaliza el producto o servicio denigrado.

III.- Análisis sobre el contenido de las afirmaciones difundidas.

Finalmente, la Superintendencia de Mercado deberá evaluar si las afirmaciones denunciadas son exactas, verdaderas y pertinentes y si pueden menoscabar el crédito logrado por la denunciante en el mercado.

La experiencia internacional nos revela que las agencias de competencia solo podrán determine si una afirmación es verdadera, exacta y pertinente, y por tanto no denigratoria,

si analizan los siguientes criterios: (a) el carácter objetivo o subjetivo de las afirmaciones, (b) la vigencia o antigüedad de su difusión y (c) la época en que se produjeron, la veracidad de los hechos a los que se hace referencia en las afirmaciones bajo análisis, entre otras circunstancias de tiempo, lugar y modo que se presenten en cada caso particular.²⁰⁵

En el caso de que exista una afirmación sustentada, estamos frente a la “excepción de veracidad” (conocida por la doctrina como *Exceptio Veritatis*) que otorga licitud a las afirmaciones. Si la franquicia “X” menciona que los métodos de sanidad de la franquicia “Y” son deficientes y que ponen en riesgo a sus clientes, si esta afirmación se logra probar, el agente denunciante no debe responder por ningún perjuicio acusado a la credibilidad de sus competidor.

En un interesante fallo, el Tribunal Europeo de Justicia señaló que las empresas no son constreñidas de forma absoluta a realizar cualquier comentario sobre sus competidores:

“La protección frente a los actos denigratorios debe contemplar los límites que imponen el derecho constitucional a comunicar o recibir información veraz y la libertad de expresión... la denigración como conducta desleal tiene por finalidad la tutela de intereses de terceros (en concreto de los consumidores) y de la economía, por encima de la protección de intereses esencialmente privados”.²⁰⁶

Este criterio jurisprudencial es perfectamente aplicable a nuestra legislación y su aplicación garantiza el derecho constitucional a la libertad de expresión.²⁰⁷

La LORMer presenta una excepción a la regla de la razón al señalar que toda conducta denigratoria con “circunstancias estrictamente personales” o en las cuales se constate un “menoscabo del crédito del afectado” no se admitirá prueba en contrario, dejando sin posibilidad al agente imputado de probar el contenido de sus aseveraciones; dentro de esta conducta la ley posibilita la aplicación de la regla de la ilicitud *per se*, al solo tener que demostrar que tal acto se efectuó. Por el contenido de las afirmaciones se entiende que son discriminatorias y afectan al buen nombre y honra de las personas, garantizado en los artículos 11 # 2 y 66 # 18 de la Constitución; y en vista de que todo tipo de información que cuente con tales aseveraciones carecen de carácter objetivo y no

²⁰⁵ Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI; Comisión Federal de Competencia de México, etc. Véase: INDECOPI, *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*, aprobada por Resolución N° 001-2001-LIN-CCD, 5 de julio de 2001, p. 22.

²⁰⁶ STC, asunto 139/1995, 26 de septiembre (RTC 1995, 139).

²⁰⁷ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, Art. 66 # 6.

presenta ninguna relevancia o beneficio al consumidor, consideramos que es una excepción válida a la regla de la razón.

3.2 Actos desleales en el contrato de franquicia que afectan a los consumidores

3.2.1 Actos de confusión²⁰⁸

La confusión es un acto desleal, diferente de la confusión marcaria estudiada en Propiedad Intelectual, resulta importante distinguir desde un primer momento estas figuras jurídicas, ya que el análisis a realizarse en cada una ellas, resulta en gran medida diferente. Sobre este punto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial del literal a) del artículo 259 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina manifestó lo siguiente:

“Los actos de competencia desleal por confusión no se refieren propiamente al análisis de confundibilidad entre los signos distintivos de los productos de los competidores, toda vez que tal situación se encuentra sancionada por un régimen específico, sino a la confusión que aquellos actos pudieran producir en el consumidor en lo que concierne al establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor determinado, impidiéndole elegir debidamente, según sus necesidades y deseos”.²⁰⁹

Sin el afán de iniciar un estudio exhaustivo sobre si la confusión es la misma para el derecho de Propiedad Intelectual o para la Competencia Desleal, señalaremos que la confusión es la misma para ambas ramas del Derecho, pues ambas figuras jurídicas se refieren a mezclar productos, establecimientos o servicios, de manera que no puedan distinguirse pero el elemento diferenciador lo encontramos en los criterios para analizar la existencia de confusión.

A continuación analizaremos la confusión desde la perspectiva de la Competencia Desleal.

²⁰⁸ Dentro de esta conducta se puede observar una gran influencia de la rama de propiedad intelectual, ocasionando un vacío en referencia a que norma debe prevalecer en el análisis de las conductas, la doctrina de forma mayoritaria ha señalado que “la disciplina de la competencia desleal cumple una función integradora respecto de la llamada propiedad intelectual”. Por lo tanto frente a conflictos normativos la solución es aplicar de forma integradora ambas normas dando preferencia en ciertos casos por motivos de preferencia.

²⁰⁹ TJ CAN, Proceso N° 11-IP-2006. Interpretación Prejudicial del 11 de abril de 2006, p.16.

Para Massaguer el acto de confusión es:

“el comportamiento de toda clase idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, circunstancia que se entiende producida ya cuando es apto para crear un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de su procedencia empresarial. De este modo, el centro de gravedad de la deslealtad parece situarse en la expoliación de las ventajas competitivas ligadas a otro sujeto, sea a su actividad, establecimiento o prestaciones (deslealtad frente a los competidores); sin embargo, el reproche de deslealtad se asienta en la reacción de los consumidores ante el suministro de una información que no se corresponde con la realidad (deslealtad frente a los consumidores)”.²¹⁰

En resumen, la confusión es el acto por el cual un agente se aprovecha del esfuerzo ajeno con el propósito de beneficiarse económicamente al no permitir que se reconozcan o diferencien las prestaciones, productos o servicios de otros agentes; generando un perjuicio tanto a los consumidores como a las empresas afectadas. Los consumidores al no contar con toda la información tienden a la asimilación (llamado riesgo de asociación) de un bien o servicio con una empresa que no presenta ninguna vinculación económica.

El acto de confusión desleal presenta elementos distintivos que lo diferencian²¹¹ de otras figuras jurídicas:

1.- Riesgo de asociación por parte de los consumidores, peligro de que exista confundibilidad.

El riesgo de asociación es uno de los elementos más importantes a la hora de analizar esta conducta, el riesgo es definido por el tratadista Otero en estos términos:

“Debe existir una prestación que sea reconocida por los consumidores como procedente de un origen empresarial determinado, aun cuando no se conozca la identidad particular de este productor. Para esto la forma del producto imitado debe ser capaz de **indicar el origen empresarial**. Desde la perspectiva del competidor desleal, su **imitación debe ser tan fiel que lleve a confusión al consumidor al momento de hacer su elección de consumo**, sea que asigne a ambos productos un mismo origen empresarial o que asuma la existencia de cierta relación comercial entre quienes ofrecen tales prestaciones.”²¹²
(Negrilla es propia)

El error confusionista no se refiere a meros datos empresariales, sino tratarse de información relevante que por lo general se refiere a las prestaciones (bondades) de un

²¹⁰ Óp. Cit; MASSAGUER José, FOLGUERA Jaime, SALA ARQUER José Manuel y GUTIERREZ Alfonso, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Segunda Edición, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p.45.

²¹¹ BARONA VILAR Silvia, *Competencia Desleal*, p. 89.

²¹² OTERO LASTRES José Manuel, *La nueva Ley sobre competencia desleal*, La ley, 1991, Madrid, pp. 71-72. Véase: ABAD MERCHAN José Andrés, *La imitación y la confusión como actos de competencia desleal*, p. 36.

producto o servicio en cuestión. La información debe ser capaz de inducir al público a consumir un producto sobre otro de la competencia.²¹³

Diversos agentes pueden copiar de forma casi exacta un producto o servicio prestado por una franquicia, los consumidores frente a la falta de información caen en el error de asociar tales bienes como procedente del negocio de franquicia (original) pero el verdadero efecto es que el consumidor promedio paga por un bien o servicio en gran parte diferente al imaginado.

El INDECOPI ha señalado que existen dos causas principales que producen el riesgo de confusión: el consumidor puede atribuir erróneamente a una empresa los productos producidos por otra empresa, en primer lugar por el extremo parecido entre los signos distintivos, lo cual ocasiona la confusión de uno con otro; y en segundo lugar, porque aun diferenciando claramente las marcas, el consumidor cree que ambas pertenecen a un mismo empresario. El primer caso es denominado “riesgo de confusión directo”; y el segundo, “riesgo de confusión indirecto”.²¹⁴

Nuestra legislación al igual que la peruana o española²¹⁵ señala que no es necesario que la confusión se produzca, sino tan solo que exista una posibilidad (por tal razón se llama “riesgo de confusión”) para ser objeto de sanción.

2.- Sujeto pasivo principal, el cual son los consumidores afectados por la conducta.

La tipificación de esta conducta busca proteger la elección de los consumidores, afectada al tener medios de identificación que no cumplen su función. Para un consumidor medio resulta imposible saber la composición (específicamente sus prestaciones - desempeño) de un producto sin la información adecuada, por lo tanto esta debe ser correcta, veraz, clara y oportuna. El resultado buscado por la ley es evitar un perjuicio al bolsillo del consumidor que adquiere un producto con prestaciones inferiores o diferentes a las anunciadas.

3.- Actuaciones con el fin de aprovechamiento de nombres, colores, formas, etc.

La deslealtad existe desde el momento exacto en que se reproduce con gran fidelidad elementos característicos y propios de una marca. Se puede utilizar un nombre comercial

²¹³ Cfr. SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, p. 404.

²¹⁴ Óp. Cit; INDECOPI, *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*, p. 12.

²¹⁵ La Ley de Competencia Desleal de 1991, en su art. 6 prescribe: “Se considera desleal todo comportamiento que resulte **idóneo** para crear confusión con la actividad, prestaciones o el establecimiento ajeno”. De forma acertada se determina en la ley que el comportamiento debe ser idóneo para que puede verdaderamente existir confusión o incluso un riesgo real.

diferente pero al utilizar el mismo tipo de letra, colores y formas de una franquicia se puede lograr que los consumidores creen que es un “nuevo” producto de la misma empresa.

Un caso resuelto por el INDECOPI trataba de una empresa dedicada a la comercialización de jabones para lavar ropa, la empresa denunciada utilizó un envase con un diseño muy similar al empleado por su competidor, la semejanza era tal que un consumidor no podría haber identificado de forma sencilla que producto pertenecía a tal empresa, debido a la ubicación de los gráficos, el tipo de letra utilizado, entre otros signos.²¹⁶ Esto claramente constituía un acto desleal objeto de sanción.

3.2.2 Actos de engaño

Es el acto desleal por el cual un agente genera una impresión falsa de sus propios productos o servicios a los consumidores, ocasionando que estos tomen una decisión equivocada o lesiva a sus intereses que en otras circunstancias (contando con información clara, veraz y oportuna) no la tomarían.

La deslealtad se genera al utilizar la confianza que tienen los consumidores en el mercado en contra de sí mismos, creyendo en última instancia que tal publicidad se encuentra regulada o cumple con parámetros internacionales de calidad (Ej: normas de calidad ISO). En especial se considera desleal ostentar o afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas o certificados de cualquier naturaleza que no se han obtenido o no se encuentren en vigencia, particularmente en publicidad o en etiquetas, envases, recipientes o envolturas.

El engaño se produce por medio de afirmaciones que contienen datos incorrectos, incompletos u oscuros (difíciles de comprender) que inducen al error a las personas en los siguientes aspectos:

- la existencia o la naturaleza del producto;
- las características principales del producto (tales como su disponibilidad, su composición, su fecha de fabricación, su origen geográfico, los resultados que pueden esperarse de su utilización, etc.);
- el precio, los compromisos del comerciante, el proceso de venta;
- la necesidad de un servicio o de una reparación;
- el comerciante (su identidad, sus cualificaciones, su situación, su código de conducta, etc.);
- los derechos del consumidor en materia de venta de bienes de consumo.

²¹⁶ INDECOPI, Onix S.A. contra Sindex S.A., resolución N° 191-97-TDC.

Estos datos deben ser trascendentales, descartando la existencia de engaño cuando son accidentales o intrascendentes. La comisión europea ha señalado que ciertos datos son esenciales sin ninguna consideración adicional, por ejemplo:

- a) las características principales del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto;
- b) la dirección geográfica y la identidad del comerciante;
- c) el precio, incluidos los impuestos, o, la forma en que se determina el precio, así como, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, cuando tales gastos no puedan ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que pueden existir dichos gastos adicionales;
- d) los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, y el sistema de tratamiento de las reclamaciones;
- e) en los productos y transacciones en lo que se proceda la revocación o cancelación, aclarar la existencia de tal derecho, así como los plazos y condiciones.²¹⁷

El presente catálogo recoge de forma general el tipo de información que en la mayoría de casos se consideran como esenciales y deben existir en todo producto o servicio, sin perjuicio de que sean aclarados de mejor manera por campañas publicitarias. Las franquicias por su amplia experiencia en el mercado, por lo general presentan un manejo profesional en la difusión de la información empresarial al recoger todos estos ítems.

La doctrina ha reconocido que las conductas engañosas²¹⁸ pueden ser básicamente de dos tipos:

a) Prácticas Engañosas por Acción

Son las prácticas comerciales que suministran información falsa y por tal motivo carecen de veracidad o de información, induciendo o potencialmente a inducir a error al consumidor. Haciéndole tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

La claridad o facilidad con la que se trasmite la información también debe ser manejada de forma cuidadosa por la empresa.

²¹⁷ DIRECTIVA 2005/29/ CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, 11 de mayo 2005.

²¹⁸ Id.

b) Prácticas Engañosas por Omisión

Particularmente en esta modalidad las autoridades de competencia prestan especial atención al medio en el cual se desenvuelven el producto, analizando todas las características, circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación y de la empresa misma, entendiendo el por qué se omitió determinada información frente al consumidor. La omisión puede generarse de dos formas, la primera por transmitir la información en un contexto poco claro y dudoso; y la segunda cuando no se proporciona la información sustancial al consumidor que le permita tomar una decisión.

El primer escenario lo encontramos si la información es transmitida de una forma técnica que haga necesario el contar con un elevado nivel de conocimiento, resultando para el consumidor promedio prácticamente imposible saber que está adquiriendo; la forma en la cual se presenta la información resulta igual de importante que transmitirla, caso contrario el resultado es similar a la ocultación de información. La información no debe inducir a error al consumidor para evitar que tome una decisión en base a las prestaciones.

En este punto el análisis de mercado es esencial, si al existir una franquicia con varias décadas dedicadas a la promoción de sus productos a nivel internacional y que cuenta con una sólida estructura empresarial, difícilmente esta compañía puede alegar que la empresa dados sus medios no podía promover el producto de otra forma o que el envase no permitía el incluir varios datos considerados como necesarios por la autoridad.

El segundo escenario se configura cuando un agente oculte de forma parcial o total la información sustancial, necesaria para que el consumidor opte por una u otra prestación.

En cuanto a la experiencia internacional, los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, podemos señalar los siguientes casos:

1.- Una empresa que comercializaba fertilizante incluyó en el envase que el producto estaba compuesto de 46% de fósforo, cuando en realidad el producto tenía sólo 20% del referido mineral.²¹⁹

2.- El INDECOPI conoció sobre la venta de medicamentos que fueron adulterados en el número de lote y la fecha de vencimiento, con el propósito de que los medicamentos tengan un mayor tiempo de vigencia y sean adquiridos.²²⁰

²¹⁹ INDECOPI, expediente N° 093-96-C.C.D., seguido por Corporación Misti S.A. contra Chemical Equipment & Accessories Co. S.A.

3.-Una empresa había cambiado el inhalador de su envase e introdujo un “nuevo” producto que no presentaba todo los principios activos del medicamento cuyo nombre figuraba en el envase.²²¹

En todos estos casos se evidencia que a los consumidores les resulta imposible saber la calidad o el contenido del producto, poniendo en riesgo su vida al no poder tomar una elección de consumo adecuada.

3.2.3 Actos de comparación

En un mundo globalizado los mercados presentan cambios estructurales cada vez más vertiginosos, este dinamismo hace que las empresas luchan cada día por obtener una cuota del mercado y la mejor forma de lograrlo es diferenciarse del resto de competidores. Con tal propósito, las empresas resaltan sus prestaciones o beneficios frente al resto de agentes competidores, esta práctica es perfectamente lícita siempre que no se utilicen tácticas desleales que afecten de forma significativa la posición de sus competidores.

Desde un principio podemos afirmar que la comparación de productos en sí misma no se encuentra prohibida, siempre y cuando toda la información exhibida al público tenga un carácter informativo, presentando de forma objetiva las características tanto propias como ajenas de los productos o servicios, dejando en última instancia la decisión al público.

La información es esencial para el normal desenvolvimiento comercial, al permitir a los consumidores tomar decisiones acertadas mejorando la asignación de recursos en un mercado. Un efecto indirecto de la publicidad (en especial comparativa) es que incentiva a mejorar los productos y servicios, contribuyendo al desarrollo comercial e incremento de la competencia, con los beneficios que ello trae para el consumidor y el correcto funcionamiento del mercado.

La información juega un papel importante en el mercado, por tal razón las autoridades cuidan que estén tenga un carácter informativo y permitiendo su divulgación si contiene los siguientes elementos:

²²⁰ INDECOPI, expediente N° 080-96-C.C.D., seguido por Solopak Pharmaceutical Inc. contra IFE Comercial San Judas Tadeo S.R. Ltda. y Master Inversiones S.R. Ltda.

²²¹ INDECOPI, Resoluciones N° 076-2000/CCD y N° 177-2001/TDC-INDECOPI, emitidas en el expediente N° 029-2000/CCD, seguido por la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos del Perú contra Boticas Torres de Limatambo S.A.C.

“a. sea veraz, por su carácter objetivo y presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;

b. constituya información exacta además de ser clara y contextualizada;

c. se ejecute con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,

d. se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia”.²²²

El acto desleal se produce cuando se realiza comparaciones que carecen de contenido informativo, orientándose únicamente a resaltar las cualidades del agente comparador y atacando al producto competidor, otorgando afirmaciones que no han sido comprobadas pero que dan a creer al público sobre su veracidad. Para el consumidor es sumamente difícil saber si las afirmaciones vertidas son falsas o si presentan un carácter investigativo.

El daño que podría sufrir una franquicia en este acto desleal, sería una reducción potencial o real de su clientela a favor del competidor que lo compara. Los ingresos de un agente pueden verse mermados frente a declaraciones sin ningún contenido o validez, constituyéndose en una táctica empresarial fácil de efectuar pero que afecta la eficiencia del mercado en gran medida.

Un caso sobre comparación lo encontramos si imaginamos a dos franquicias que compiten para dominar el mercado de insumo de limpieza. Para lograrlo una de ellas utiliza un anuncio comercial que potencia las cualidades de su crema para lavar vajillas y afirma que su producto es mejor que los detergentes “saca grasa” fabricados por la competencia, y se muestra a una ama de casa arrojando de manera despectiva el producto de la marca competidora. En un caso prácticamente similar, el INDECOPI y los Tribunales del Perú establecieron que el anuncio en cuestión denigraba directamente al

²²²Cfr. SOSA HUAPA Alex, *El siguiente paso: la correulación como evolución de los sistemas de autorregulación publicitaria*, Tesis Maestría en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual, PUCP, Lima, 2011, pp. 112-114.

detergente fabricado por la denunciante, por cuanto en la publicidad se utilizaba un envase que identificada claramente a su producto.²²³

3.3 Actos desleales en el contrato de franquicia que afectan al mercado

3.3.1 Violación de normas

La LORMer en su art. 27 # 9 no distingue de forma clara dos figuras jurídicas completamente diferentes: una es el abuso de procesos judiciales o procedimientos administrativo y otra es la violación de normas, siendo indispensable diferenciarlas para evitar graves errores al momento de analizar y posteriormente sancionar tales actividades.

1.- Abuso de procedimientos administrativos y procesos judiciales

La primera conducta es el abuso de procesos judiciales o administrativos que constituye en sí una modalidad de conducta predatoria, al ser su principal fin el acabar con la competencia a través de un medio reconocido en la ley, como es el derecho de acudir a los órganos tanto administrativos como jurisdiccionales del Estado para que estos resuelvan conforme Derecho sobre una petición determinada.

El utilizar la sede administrativa o judicial con el solo propósito de terminar con la competencia es un claro abuso del derecho de petición y tutela judicial efectiva, garantizados en los arts. 66 numeral 23 y 75 de la Constitución, ya que si bien nos encontramos frente a derechos de rango constitucional, estos también tienen limitaciones al no poder utilizar acciones legales que no estén orientadas a la tutela de Derechos sino a desvirtuar la legítima competencia en el mercado.

En varias ocasiones las empresas utilizan esta “táctica comercial” para lograr resultados que les son difíciles de conseguir en el mercado. Si una gran franquicia utiliza sus múltiples recursos para iniciar procesos legales en contra de otra franquicia que recién ingresa en el mercado, la nueva franquicia simplemente no podrá soportar los grandes costos que un proceso representa y se verá forzada a salir del mercado perjudicando a los consumidores en cuanto a la variedad y costos de los productos.

²²³INDECOPI, N° 054-94-CSP, seguido por Deterperú S.A. contra Surfacer S.A. y Art Directors, en el caso real la Comisión determinó que el anuncio del producto “Ayudín” denigraba al detergente “Ace”.

Resulta que el objetivo final del demandante no es en sí ganar el proceso, sino dañar o impedir a sus competidores el realizar actividades comerciales en el mercado. Esta conducta es especialmente grave, al fortalecer la posición en el mercado del demandante, posición que no se encuentra sustentada por la oferta o la demanda del mercado sino por su poderío económico que logra manipular el sistema judicial, generando una atmosfera de represión que impide la innovación y el mejoramiento contante de producto y servicios hacia los consumidores.

2.- Violación de normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para la configuración de esta conducta se necesita que: a) exista una violación de una norma del ordenamiento jurídico; y b) la infracción presente una ventaja competitiva relevante.

a) Violación de la norma jurídica

Si bien la infracción normativa prevista en la LORMer se restringe a conductas que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales, no debemos olvidar que para su correcta interpretación y posterior aplicación se debe observar todo el conjunto de normas relativas a la competencia para así cumplir con los fines previstos en la Constitución. Cabe señalar que “la mera intención de violar (el ordenamiento jurídico) no basta para que la deslealtad se cometa sino que es necesario que haya tenido efectivamente lugar la violación”.²²⁴

Para la realización de cualquier actividad comercial se debe cumplir con una serie de requisitos legales frente al Estado y sus entidades; la omisión, negativa o imposibilidad de presentar dichos certificados señalan la existencia de una infracción, pero esta debe presentar un contenido económico, es decir generar ganancias para el agente que lo realiza, llevándonos al segundo requisito.

b) Ventaja Competitiva

El INDECOPI ha señalado en múltiples resoluciones que el carácter significativo o relevante de la ventaja dependerá del ahorro en costos o el acceso privilegiado que resulte para el agente infractor. El beneficio competitivo puede ser entendido en los siguientes términos:

²²⁴ Véase: Resoluciones N° 029-2000/CCD-INDECOPI y N° 066-2001/TDC-INDECOPI.

“... es el beneficio que represente para quien la obtiene un diferencial de competitividad respecto de los restantes operadores, determinante de su acceso, **permanencia o triunfo en el mercado** más allá de lo que en términos de competencia hubiera sido **razonable esperar u obtener**. En suma, dicho acceso, permanencia o triunfo debe resultar razonablemente más fácil para el infractor que para el operador observante del Derecho”.²²⁵
(Negrilla es propia)

Un evidente escenario de infracción normativa lo encontramos en el caso Yupi²²⁶, en el cual la compañía Productos Yupi S.A., con el objetivo de incentivar el consumo de sus productos, lanzó al mercado la promoción “Fórmula Yupi”, en la cual se produjo tarjetas que iban adheridas a los empaques de sus productos utilizando la imagen y el nombre del conductor colombiano Juan Pablo Montoya, sin autorización previa de éste personaje, siendo un clásico ejemplo de enganche comercial a través de una figura pública reconocida.

Por medio de esta campaña las ventas de los productos Yupi incrementaron en relación con las de la competencia, obteniendo un beneficio relevante y configurando la conducta desleal; la compañía Yupi no cumplió con ninguna norma para explotar de forma comercial la imagen del piloto colombiano por el simple hecho de que la compañía no contaba con su autorización.

Resulta aún más común cuando una franquicia no cancela los rubros establecidos en la ley para la obtención de certificados de funcionamiento que permitan el inicio de actividades comerciales, afectando al mercado por la comercialización de productos que no cumplen con normas sanitarias o tributarias.

En definitiva se trata de impedir que un agente reciba una ventaja competitiva indebida frente al resto de competidores que cumplen todos los parámetros legales y deben destinar una parte de sus ingresos para ello, el infractor por su parte genera ganancias cada vez que no cumple con las normas.

3.3.2 Explotación de la situación de dependencia económica

La LORMer en el art. 27 referente al catálogo de conductas desleales no incluye a la explotación de dependencia económica prescrita en el art. 10, al considerarla como una conducta independiente y con un tratamiento jurídico diferente. Si bien el art. 10 es una copia casi exacta del art. 16 de la Ley de Competencia Desleal Española, se distancia de

²²⁵ INDECOPI, resolución N° 287-97/TDC emitida en el expediente N° 086-96-C.C.D.; Resolución N° 105-2001/TDC, emitida en el expediente N° 083-2000/CCD.

²²⁶ SIC, resolución n° 4987 marzo 9 de 2004.

tal cuerpo normativo al no incluir esta tipo como una conducta desleal. Por nuestra parte, incluimos a este tipo dentro de las conductas desleales en base al derecho comparado y por su facilidad de estudio doctrinario dentro de este grupo, decisión que a nivel académico resulta discutible.

La dependencia económica es la supremacía en la que se halla una empresa (cliente o proveedor), respecto de otra, que no dispone de una alternativa equivalente para la comercialización o adquisición de sus productos.²²⁷

Esta dependencia económica es también conocida como posición de dominio relativa, en la cual se analiza el peso o influencia que presentan las compras de una empresa sobre otra. De forma acertada la explotación de situación de dependencia no fue incluida en el catálogo de conductas que constituye abuso del poder del mercado²²⁸ al tener un tratamiento jurídico económico completamente diferente.

Esta figura jurídica contempla la existencia de una situación de dependencia o subordinación de los clientes o proveedores de una empresa con respecto a ella, situación que ocurre cuando no tienen en ese mercado una alternativa igual o mejor hacia la cual poder canalizar sus pedidos o suministros (por ejemplo el reparador de aparatos frente al proveedor de recambios o componentes); y existe por otro lado, una explotación abusiva de esa situación, presentándose una actuación contraria a la libre concurrencia del mercado, como en el caso de la exigencia de una reducción de los precios pactados o la dilación excesiva de los plazos de pago.²²⁹

La Comisión Europea ha confirmado el carácter diferenciado de la situación de dependencia, en los casos *Rewe-Meinl* y *Carrefour-Promodes*²³⁰, en los cuales se estableció la “tasa de amenaza de 22%”, que determina el 22% como el límite referencial de ventas medias totales que un proveedor debe tener en referencia a sus compradores para poder señalar la existencia de un caso de dependencia económica; como en anteriores ocasiones hemos señalado el ostentar una posición de dominio (en la presente conducta, denominada relativa) no es ilícito, sino justamente el abusar de tal posición hace justamente que una conducta se vuelva ilegal.

²²⁷ ORTIZ BLANCO Luis, MAILLO GONZALEZ Jerónimo, IBAÑEZ Pablo y LAMADRID Alfonso, *Manual de Derecho de la Competencia*, p. 164.

²²⁸ LORMer, art. 9.

²²⁹ Cfr. ALFONSO SOTO Ricardo, *Competencia Desleal y precios*, Grupo de Competencia – Gómez, Acebedo & Pombo, Madrid, p. 29.

²³⁰ COMISIÓN EUROPEA DE JUSTICIA, asunto IV/M.1221 - Rewe/Mei y asunto M.1684 – *Carrefour Promodes*.

La Superintendencia del Mercado al analizar este tipo deberá en primer lugar probar la situación de dependencia económica a la luz del art. 10 de la LORMer, para posteriormente demostrar el abuso de dicha situación. Resulta difícil el señalar con qué criterios las autoridades competencia analizaran estas conductas dado la amplitud de la norma y la diferencia frente a la posición de dominio absoluta; consideramos necesario el tomar los criterios tanto doctrinarios como jurisprudenciales del derecho comparado al momento de analizar, señalando las diferencias sustanciales que pueden existir entre los diversos mercados extranjeros.

Para la existencia de una situación de dependencia económica es necesario que concurren los siguientes factores:

- a) existencia de una situación de dependencia económica de una o más empresas respecto de otra.
- b) falta de una alternativa equivalente en el mercado para las empresas dependientes. Esta alternativa debe ser real, es decir que sus costos no sean tan elevados que imposibiliten optar por tal opción.
- c) la conducta desleal además de ser objetivamente injustificada, debe ser sistemática revelando una situación de dependencia considerable y no una mera transacción de negocios de carácter ocasional.²³¹

Todos estos elementos unidos crean una situación de afectación al mercado, dado que al afectar a los intermediarios estos transmiten su carga a los clientes que son los sujetos que en definitiva asumen el coste social de tal conducta.

²³¹AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, Sentencia: 00313/2011, 28 de octubre 2011

CONCLUSIONES

- La franquicia es uno de los contratos mercantiles de mayor auge a nivel internacional, su crecimiento exponencial se debe a factores como el otorgar un modelo empresarial sólido y comprobado, y el contar con la asesoría de un personal con experiencia en todo momento.
- El principal activo de las franquicias es su *Know How*, al proveer a su propietario una ventaja comercial significativa que lo diferencia de sus competidores, por tal razón su alto grado de confidencialidad para agentes externos a la red.
- El contrato de franquicia debe contener todos los parámetros técnicos, particularidades del tipo de franquicia, prohibiciones, y la determinación precisa de los derechos y obligaciones de las partes, que permitan la consolidación de una fructífera relación comercial y evitar de este modo futuros conflictos entre los socios.
- La franquicia presenta una gran facilidad de adaptación a mercados tanto nacionales como internacionales, dada su capacidad de captar las necesidades locales y contar con miembros locales encargados de la administración.
- La retroalimentación de conocimientos del franquiciado y el franquiciante, genera un constante estado de reinversión de los productos y/o servicios, las bonificaciones económicas son uno de los factores más importantes para el progreso de la red.
- Los contratos de franquicia plantean por lo general situaciones jurídicas “límite”, al señalar condiciones o requisitos que si bien en principio afectarían la competencia en el mercado son válidas dada la naturaleza jurídica de esta figura.

- La protección eficaz de los activos intangibles de las franquicias representa uno de los factores más importantes para la expansión de empresas internacionales en el Ecuador.
- El Derecho de la Competencia tiene como finalidad sustancial la protección de los derechos de los consumidores y velar por el eficiente desarrollo del mercado, fortaleciendo de esta forma el aparato productivo.
- Para un correcto análisis de las conductas anticompetitivas es indispensable un análisis jurídico económico que determine de forma clara la afectación social a los consumidores.
- La posición de dominio es el elemento de análisis clave en todos los caso de competencia, su determinación solo puede ser efectuada a través de un análisis interdisciplinario conforme el art. 8 de la LORMer.
- En los mercados oligopolistas los agentes desean obtener un punto de equilibrio de Nash, al aumentar de esta forma su índice de ganancias, pero las propias condiciones del mercado y los incentivos de cada uno de los agentes hacen que el punto de equilibrio nos sea duradero en el tiempo.
- La regla de la razón es el criterio de análisis más eficiente, al permitir la existencia de eficiencias dentro del mercado, sin importar que una conducta se encuentre dentro de los parámetros legales prohibidos, en razón de maximizar los beneficios de los consumidores.
- Las excepciones a la regla de la razón solo pueden ser aplicadas de forma estricta y en casos puntuales donde la falta de objetividad sea manifiesta, como las circunstancias personales en los actos de denigración
- El estándar de ilicitud *per se* solo puede ser aplicado de forma excepcional y frente a supuestos que generen graves afectaciones al mercado y por ende a los consumidores.
- Los acuerdos verticales pueden ser analizados con criterios más flexibles respecto de los horizontales, al presentar condiciones comerciales con un mayor porcentaje de generar beneficios para el mercado.

- Los acuerdos de cartel representan una de las conductas mas nocivas dentro del mercado, al permitir el estancamiento de las innovaciones y otorgar bienes y servicios de menor calidad a un precio mayor al que podrían ser ofertados.
- Los precios predatorios representan una de las conductas de mayor complejidad y su análisis debe siempre incluir criterios como el “Areeda – Turner Rule”, además de contener todos los elementos que caracterizan a esta conducta para posteriormente establecer una sanción.
- La mayoría de acuerdos restrictivos son tomados por los agentes en base a un análisis costo-beneficio programado a un mediano o largo plazo, orientándose en la obtención de una mayor cuota porcentual del mercado por medio de un riesgo inicial perfectamente aceptable.
- Existe competencia desleal frente a la inobservancia de las costumbres mercantiles, la buena fe comercial y los usos honestos que produzcan un daño efectivo en el mercado, perjudicando a los consumidores en su capacidad adquisitiva.
- Las normas sancionatorias de la competencia desleal se encuentran orientadas a la consecución del funcionamiento eficaz de los mercados, con un estado de competencia real y libre basado en las condiciones propias del mercado.
- Las franquicias son uno de los contratos con mayor posibilidad de sufrir actos desleales, al presentar un modelo empresarial rentable y eficaz con alta demanda, por lo tanto es necesario un régimen de protección idóneo que asegure que las franquicias operaran sin mayores riesgos frente a agentes emergentes que actúen de forma ilegal.
- La Superintendencia del Mercado a través de su labor de control y sanción puede lograr que los agentes económicos generen eficiencias, al establecer parámetros de conducta obligatorios de acuerdo a las necesidades de cada mercado.
- El Estado a través de sus entidades de control deben vigilar y sancionar solo las conductas que afecten gravemente el normal desarrollo del mercado, dejando a un lado las conductas que no presenten una relevancia sustancial en el mercado, promoviendo y fortaleciendo de esta forma la iniciativa privada.

RECOMENDACIONES

- El presente trabajo ha analizado la pertinencia de las instituciones del Derecho de la Competencia frente al contrato de franquicia y la necesidad de observar ciertas particularidades aplicables a esta figura para evitar su desnaturalización. La aplicación expresa de la ley sin observar sus características, solo entorpecerá la aplicación de esta innovadora figura jurídica.
- La Superintendencia del Mercado deberá sancionar los abusos de posición de dominio, por medio de índices como Lerner, Dominancia y Herfindahl- Hirschman que comprueben de forma clara una afectación a la estructura del mercado, al debilitar la competencia entre agentes.
- La Superintendencia debe establecer de forma clara el criterio institucional, línea de resolución de casos, que permita tanto a los consumidores como a las empresas, conocer los parámetros legales que fijen cuando una conducta es anticompetitiva. Una conciencia de competencia en los agentes económicos solo se lograra por medio de un criterio institucional claro y fundamentado conforme al ordenamiento jurídico, que permita el libre intercambio de bienes y servicios.
- Las guías técnicas publicadas por la Superintendencia del Mercado debe contener de forma clara y simple los montos de concentración e umbrales de concentración de mercado, informando a los agentes dentro del mercado que grados de poder son aceptables, recordando que cada conducta tanto como cada mercado presenta sus particularidades.
- La Superintendencia del Mercado deberá prestar mayor atención a las conductas llamadas *hard core restrains* o cláusulas negras entre las que se hallan conductas como: carteles, fijación de precios de venta, limitación arbitraria a la producción, o el reparto de mercados, al ser conductas con un pequeño porcentaje de producir eficiencias.

- Para una eficaz aplicación de la LORMer que proteja el derecho de los consumidores, es necesaria una actuación coordinada de todas las instituciones estatales que promuevan la eficiente asignación de recursos sin menoscabar la iniciativa privada.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BARONA VILAR Silvia, *Competencia Desleal*, editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2005.

BELLAMY Christopher y CHILD Graham, *European Community Law of competition*, Cambridge, 1992.

BERCOVITZ Alberto, *Competencia desleal: Código de Comercio evaluación y perspectivas*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá D.C, 1992.

BERTONE Luis y CABANELLAS Guillermo, *Derecho de Marcas. Marcas designaciones y nombres comerciales*, Buenos Aires, Tomo I, Editorial Heliasta, 2008.

BORK H. Robert, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, The Free Press, 1993.

CABANELLAS de las Cuevas Guillermo, *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*, Buenos Aires, 2 tomos, editorial Heliasta, 2004.

CORTÁZAR MORA Javier, *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)*, Bogotá, editorial Temis, 2003.

CORTÁZAR MORA Javier, *Hacia un nuevo derecho de la Competencia en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, editorial Temis, 2011.

CORROZA Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Intelectual*, Madrid, Editorial Civitas, 1978.

ESPLUGUES Mota, DANIEL Carlos y DANIEL Hargain, *Derecho comercial internacional*, Buenos Aires, Editorial Reus, 2005.

FARINA Juan María, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1999.

FERNANDEZ José María, RANZ Francisco y SIGUENZA David, *La OMPI y la Propiedad Intelectual*, Madrid, 2003.

GARRIGUES Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Bogotá, editorial Temis, 2 tomos, 1987.

GHERSI Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, Tomo II, 5° edición, Editorial Astrea, 2002.

HYLTON, Keith, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge Univ. Press, New York, 2003.

KAUFMANN Patrick y RAGAN Kastury, *A model for managing system conflict during franchise expansion*, Harvard Business School, Journal of Retailing, Massachusetts, 1999.

KAPLOW Louis y SHAPIRO Carl, *Antitrust*, Handbook of Law and Economics, Elsevier, 2007.

KOTLER Philip, *Los 10 pecados capitales del marketing*, Barcelona, Editorial Deusto, 2004.

LÓPEZ GUZMÁN Fabián, *El contrato de franquicia internacional Un modelo .estratégico empresarial*, Bogotá, editorial Temis, 2008.

LÓPEZ GUZMÁN Fabián, *El Contrato Internacional de transferencia de tecnología. El know How*, Bogotá, ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002.

MANKIW Gregory, *Principios de Economía*, Madrid, Editorial MacGraw Hill, cuarta edición, 2003.

MONSALVE Diana, OCHOA Leonor y INES Elvia, *Las franquicias como alternativa de inversión*, Instituto Universitario Ceipa, Medellín, 2002.

MARZORATI Osvaldo, *Franchising*, Buenos Aires, editorial Astrea, 2001.

MASSAGUER José, FOLGUERA Jaime, SALA ARQUER José Manuel y GUTIERREZ Alfonso, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Segunda edición, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

NAVAS María Fernanda y MOSQUERA Andrés Mauricio, *El contrato de franquicia: Aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador*, Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

OTERO LASTRES José Manuel, *Actos más relevantes de competencia desleal, confusión imitación y venta con pérdida*, Madrid, 2000.

ORTIZ BLANCO Luis, MAILLO GONZALEZ Jerónimo, IBAÑEZ Pablo y LAMADRID Alfonso, *Manual de Derecho de la Competencia*, editorial Tecnos, Madrid, 2008.

ORTIZ BLANCO Luis y DE LA MULA Reyes Martín, *Derecho de la Competencia europeo y español*, editorial Dykinson, Madrid, 2008.

ORTUÑO BAEZA María Teresa, *La licencia de la marca*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

POSNER Richard, *Antitrust Law*, Second Edition, University of Chicago Press, Chicago, 2011.

SEVILLA Marcelo, RIOFRIO Juan Carlos, BARZALLO José Luis y otros, *Régimen de competencia*, Quito, Corporación de Estudio y Publicaciones, 2012.

SIGNES DE MESA Juan, FERNÁNDEZ Isabel y FUENTES Mónica, *Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2013.

TOBON Natalia, *Sanciones por revelar secretos en Colombia*, Cali, 2011.

Tesis

ABAD MERCHAN José Andrés, *La imitación y la confusión como actos de competencia desleal*, UDLA, Tesis de grado, Quito, 2012.

CUERVO Lucia, *Contrato de Franquicia*, Universidad de Belgrano-Tesis de grado, Buenos Aires, 2005.

SEVILLA HOLGUÍN María Verónica, *La Competencia Desleal: Análisis desde el campo de la Propiedad Intelectual*, UDLA, Tesis de grado, Quito, 2011.

SOSA HUAPA Alex, *El siguiente paso: la correulación como evolución de los sistemas de autorregulación publicitaria*, Tesis Maestría en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual, PUCP, Lima, 2011.

Revistas

ALONSO SOTO Ricardo, *Competencia Desleal y precios*, Grupo de Competencia – Gómez, Acebedo & Pombo, Madrid.

AREEDA Phillip, *Monopolization, Mergers and Markets: A Century Past and the Future*, California Law Review, Vol. 75, No.3; 1987.

AREEDA Phillip y TURNER Donald, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 1975.

BERIAULT Yves y BORGERS Oliver, *Overview of Canadian antitrust law*, The antitrust review of the America, 2004.

BOLTON Patrick, BRODLEY Joseph y RIORDAN Michael, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, Georgetown Law Review, 2000.

CASTELLANOS Lorena, *El contrato de franquicia en el comercio internacional*, Revista de Derecho Foro, UASB-Ecuador, No. 5, CEN, Quito, 2005.

LATIN TRADE, *El auge de las Franquicias en América Latina y el desafío de adaptarlas al gusto local*, Miami, 30 marzo 2012.

LAFONTAINE Francine, *Agency, Theory and Franchising: Some Empirical Results*, The RAND Journal of Economics, Vol. 23, No. 2, 1992.

LÍDERES, *El tamaño del local si pesa en la expansión*, Quito, 2 de julio 2012.

LÍDERES, Retrospectiva económica 1997-2012-edición especial, No. 7812, Quito, 9 Octubre 2012.

MAURER Virginia y URSIC Michael, *Resale Price Maintenance: A legal Review*, Journal of Public Policy and Marketing, Vol. 6, 1987.

MELÉNDEZ Ángela, *El fértil mercado de las franquicias de comida*, Revista Gestión, Número 202, octubre 2012.

MIRANDA LONDOÑO Alfonso, *Los acuerdos anticompetitivos de repartición del mercado*, Ponencia expuesta en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho, 1998.

MORSE Howard, *Vertical Mergers: Recent Learning*, The Business Lawyer, Vol.53, No.4, August 1998.

MOSTAJO Jorge Omar, *Prácticas Anticompetitivas y Derecho de la Competencia en Bolivia*, Boletín Latinoamericano de Competencia, Unión Europea, No. 32, junio 2012.

SALINGER Michael, *Tying and Bundling in a Nearly Contestable Market*, Boston University-School of Management, 2011.

TEXEIRA Ed, *What makes a franchisee successful*, International Franchise Association, 2011.

Comunicados

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA MEXICANA, *Método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación*, Diario Oficial de la Federación, 24 Junio 1998.

COMISIÓN EUROPEA DE JUSTICIA, Comunicado de la Comisión de 9 de diciembre de 1997 relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DO C 372.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de 22 de diciembre de 2001.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión de 3 de diciembre de 2008, *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en aplicación del artículo 82 TFUE a la conducta excluyente de las empresas dominantes*, DO C 45.

DEPARTMENT OF JUSTICE, *Herfindahl–Hirschman Index*, Merger Enforcement Guidelines, 2008.

DIRECTIVA 2005/29/ CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, 11 de mayo 2005.

INDECOPI, *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DEL MERCADO, *Guía técnica para el análisis de operaciones de concentración económica*, Quito, 2013.

Internet

BESEHEL Barbara, *Introduction to Franchising*, IFA, New York, 2005, http://www.franchise.org/uploadedFiles/Franchise_Industry/Resources/Education_Foundation/Intro%20to%20Franchising%20Student%20Guide.pdf.

COMISIÓN EUROPEA, *Enforcement - Information Exchange*, http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/20130711/appendix_1_ip_and_commercial_law_-_country_reports.pdf.

COMUNIDAD EUROPEA, *Directivas sobre prácticas comerciales desleales*, Bélgica, 2006, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_es.pdf.

DALEY Jason, *Why Hampton Hotels rank No.1 on the Franchisee 500 list*, <http://www.entrepreneur.com/article/217712>.

EUROPEAN COMMISSION, *Cartels- Overview*, <http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/>.

FEDERAL TRADE COMMISSION, *Determining what is per se unlawful*, <http://www.ftc.gov/opp/jointvent/2Persepap.shtm>.

FTC, *Guide to the antitrust laws- Exclusionary of Predatory Acts: Refusal to Deal*, http://www.ftc.gov/bc/antitrust/refusal_to_deal.shtm.

IFA, *Understanding and complying with the antitrust law*, <http://franchise.org/franchiseesecondary.aspx?id=52632>.

SIC, *Prácticas restrictivas de la competencia*, <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas>.

THE ENTERPRENUR, *The 3 secrets to franchise success*, <http://www.entrepreneur.com/article/176428>.

Normativa

Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - ADPIC

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20-10-2008.

Código Deontológico Europeo de Franquicias, 1 enero 1991.

Decisión 486, Régimen de Propiedad Intelectual, Lima, 14 Septiembre de 2000.

República de Colombia, Decreto 2153-1992 - Diario Oficial No. 40.704, 31 de diciembre de 1992.

Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale, Repubblica Italiana, Gazzeta Ufficiale n.120 del 24 maggio 2004.

Ley Orgánica de Regulación y Control de Mercado, R.O-S 555 de 13-oct-2011.

Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044.

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Mercado, DE-1152. RO 697: 7-may-2012.

Sherman Antitrust Law, Sherman Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C.

Tratado de Roma, Comunidad Económica Europea, 1957.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 83/47 de 9.5.2008.

The Illinois Franchise disclosure act and rules, 815 ILCS 705/1-44, 1999.

Jurisprudencia

Comunidad Andina de Naciones

TJ CAN, Proceso N° 11-IP-2006. Interpretación Prejudicial del 11 de abril de 2006.

Colombia

SIC, caso Incauca y otros, num.6839 de 2009.

SIC, resolución n° 4987, marzo 9 de 2004.

España

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, Sentencia: 00313/2011, 28 de octubre 2011.

Estados Unidos

American Airlines, 743 F.2d at 1122.

Brooke, 59 U.S. at 223.

Continental T.V. Inc v GTE Sylvania Inc, 433 U.S. 36, 1977.

Dr. Miles Medical Company v. John Parker & Sons Co, 220 U.S. 373, 1911.

Fashion Originators Guild of America v. FTC, 369 U.S. 207.79S.Ct. 705.3, 1959.

FTC v. Mylan Laboratories, Inc., Cambrex Corporation, Profarmaco S.R.I., and Gyma Laboratories of America, Inc, File: X990015.

Henkel v. Colgate, DiarioOficial 1972, L.14/14.

PepsiCo, Inc., v. Redmond, 54 F.3d 1262, 7th Cir. 1995.

Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1911.

State Oil Co. v. Kahn, 522 U.S. 3, 1997.

United States v. Socony Vacuum Oil Co, 310 U.S.150, 60 S. Ct 811, 84 L Ed. 1129, 1940.

White Motor Co. vs. United States 373 U.S.

Yentsch v. Texaco, 1980, 630 F. 2d 46.

Perú

INDECOPI, Resoluciones N° 076-2000/CCD y N° 177-2001/TDC, emitidas en el expediente N° 029-2000/CCD, seguido por la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos del Perú contra Boticas Torres de Limatambo S.A.C.

INDECOPI, expediente N° 093-96-C.C.D., seguido por Corporación Misti S.A. contra Chemical Equipment & Accesories Co. S.A.

INDECOPI, N° 054-94-CSP, seguido por Deterperú S.A. contra Surfac S.A. y Art Directors.

INDECOPI, Onix S.A. contra Sindex S.A., resolución N° 191-97-TDC.

INDECOPI, expediente N° 080-96-C.C.D., seguido por Solopak Pharmaceutical Inc. contra IFE Comercial San Judas Tadeo S.R. Ltda. y Master Inversiones S.R. Ltda.

INDECOPI, resolución N° 060-2000/CCD.

INDECOPI, resolución N° 029-2000/CCD

INDECOPI, resolución N° 066-2001/TDC.

INDECOPI, resolución N° 287-97/TDC emitida en el expediente N° 086-96-C.C.D.;

INDECOPI, resolución N° 105-2001/TDC, emitida en el expediente N° 083-2000/CCD.

Unión Europea

COMISIÓN EUROPEA, Decisión de 24 de julio de 1991, IV/31. 043- Tetra Pak.

COMISIÓN EUROPEA DE JUSTICIA, asunto IV/M.1221 - Rewe/Mei

COMISIÓN EUROPEA DE JUSTICIA, asunto M.1684 - *Carrefour/Promodes*.

STJUE, *Asnef- Equifax v. Ausbanc*, asunto C-238/05, 2006.

STJUE, *Consortio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli y Maxicar c. Régie Nationale des Usines Renault*, 5 de octubre de 1988, asunto 53/87.

STJUE, *Istituto Chermioterapico Italiano y Commercial Solvent c. Comisión*, de 6 de marzo de 1974, asuntos 6/73 y 7/73.

STJUE, *Hoffmann- La Roche & Co. AG c. Comisión*, 13 de Febrero de 1979.

STG, *Piau c. Comision*, T-193/02, 26 de enero de 2005.

STC, asunto 139/1995, 26 de septiembre (RTC 1995, 139).

STJUE, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris IrmgardSchillgalis*, 28 de enero de 1986, asunto C-161/84.

STJUE, *Scandinavian Airlines Systems v. Commision*, ECR II-2917, 2005.

STJUE, *Suiker Uniee.a c. Comisión*, 40/73, 16 de diciembre de 1975.

STJUE, *Thyssen Stahl v. Commission*, C-194/99.

STJCE, *United Brands Company y United BrandsContinentaal BV c. Comisión*, 14 de febrero de 1978, asunto 27/76.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Patricio Francisco Pozo Vintimilla, C.C. 171987333-1 autor del trabajo de graduación intitulado “El contrato de Franquicia y sus limitaciones frente a las nuevas instituciones del Derecho de la Competencia en el Ecuador”, previa obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 28 de Marzo de 2014

C.C. 171987333-1

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE **CIUDADANÍA** No. **171987333-1**

APELLIDOS Y NOMBRES
**POZO VINTIMILLA
PATRICIO FRANCISCO**

LUGAR DE NACIMIENTO
**PICHINCHA
QUITO
CHAUPICRUZ**

FECHA DE NACIMIENTO **1991-04-27**

NACIONALIDAD **ECUATORIANA**

SEXO **M**

ESTADO CIVIL **Soltero**





INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** V3343V2222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
POZO M PATRICIO DEMETRIO P

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
VINTIMILLA J LUZ MARINA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
**QUITO
2011-07-28**

FECHA DE EXPIRACIÓN
2021-07-28







DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO





REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL 

035 **CERTIFICADO DE VOTACIÓN**
ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

035 - 0137 **1719873331**

NÚMERO DE CERTIFICADO CÉDULA
POZO VINTIMILLA PATRICIO FRANCISCO

PICHINCHA
PROVINCIA
QUITO
CANTÓN

CIRCUNSCRIPCIÓN **1**
RUMIPAMBA
PARROQUIA **1** ZONA



1.) PRESIDENTE/A DE LA JUNTA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Patricio Francisco Pozo Vintimilla, C.C. 171987333-1 autor del trabajo de graduación intitulado "El contrato de Franquicia y sus limitaciones frente a las nuevas instituciones del Derecho de la Competencia en el Ecuador", previa obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 28 de Marzo de 2014

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Patricio Pozo', with a horizontal line underneath.

C.C. 171987333-1